Der Unterschied

des

Handlungsagenten

und des

Handelsmäklers

nach dem neuen Handelsgesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

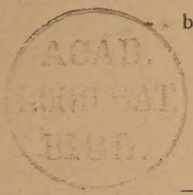
bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Freiherr Friedrich von Brockdorff

bacc. iur. aus Rastorff i. M.



Leipzig

Druck von Walter Wigand

1906.

Litteraturverzeichnis.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. 1. Berlin 1896.

Bericht der XVIII. Kommission über den Entwurf eines Handelsgesetzbuchs.

Bezold, Über das Agenturwesen. Im 31. Bd. von Busch, Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts. Berlin 1875.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechtes. Stuttgart 1900.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht. Freiburg i. B. 1897.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. II, 2. 1. u. 2. Aufl. 1899.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Bd. 1. Mannheim 1899.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Bd. 31.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Bd. 4.

Entwurf zu einem Handelsgesetzbuch nebst Denkschrift. 1897.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechtes. Bd. III. Leipzig 1885.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 6. Aufl. 1899.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Bd. I. Berlin 1901.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechtes. Bd. 1. 2. Aufl. Stuttgart 1875.

Gutachten, gemeinschaftliches der Handelskammern Hamburg, Bremen und Lübeck über den Entwurf I.

Immerwahr, Das Recht des Handlungsagenten. Breslau 1900.

Jacusiel, Das Recht der Agenten und Mäkler. Heft 1 und 2. Berlin.

Laband, Die Lehre von den Mäklern, mit besonderer Berücksichtigung des Entwurfes zum deutschen Handelsgesetzbuche. Zeitschrift für deutsches Recht von Beseler, Reyscher und Stobbe. Bd. 20.

Lehmann und Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 1. Berlin 1902.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Bd. 1. Berlin 1898.
Reichsbörsengesetz vom 22. Juni 1898, von Brendel.
Riesenfeld, Der Civilmäkler bei Gruchot. Bd. 37.
Rocholl, Der Mäklervertrag bei Gruchot. Neue Folge. Bd. 5.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. B. 1. 6. und 7. Aufl. Berlin 1900.
Stenographische Berichte der 1., 2. und 3. Beratung des Entwurfes eines Handelsgesetzbuches im Reichstage 1897 (170. Sitzung, Rede von Nieberding).
Stuck, Die Effektenbörse, nebst einem Anhang über die Entwickelung des Institutes des beeidigten Handelsmäklers in Deutschland, während des 19. Jahrhunderts (in den Staats- und sozialwissenschaftlichen Forschungen), herausgegeben von Schmoller. 2. Bd., 3. Heft. Leipzig 1881.

Inhaltsverzeichnis.

I. Einleitung.

Geschichtliche Entwickelung.

Seite

§ 1. Der Handlungsagent 7
§ 2. Der Handelsmäkler 12

II. Abhandlung.

§ 1. Der Gegenstand der Vermittelung 22
§ 2. Der Vertrag des Handlungsagenten und des Handelsmäklers mit dem Auftraggeber 26
§ 3. Rechte und Pflichten des Handlungsagenten und des Handelsmäklers gegenüber seinem Auftraggeber 34
§ 4. Rechte und Pflichten des Handlungsagenten und des Handelsmäklers gegenüber der anderen Partei 48
§ 5. Haftung des Auftraggebers für Erklärungen und Handlungen des Handlungsagenten und Handelsmäklers 50
§ 6. Öffentlich-rechtliche Pflichten und Rechte des Handlungsagenten und des Handelsmäklers 55

III. Schluss.

Die voraussichtliche Weiterentwickelung der beiden Institute . . 58

I.

Einleitung.

Geschichtliche Entwickelung.

Die beiden Arten von selbständigen Hilfspersonen des Handels, deren Tätigkeit in der Vermittelung von Verträgen zwischen anderen Personen besteht, die Handlungsagenten und die Handelsmäkler, haben sich in ihrer heutigen Gestalt geschichtlich von fast entgegengesetzten Ausgangspunkten herausgebildet. Ihre weitere Ausbildung hat sie einander näher gebracht. Jedoch lassen sich die Spuren des Ausgangspunktes der Entwickelung bei beiden recht deutlich erkennen.

§ 1.

Der Handlungsagent.

Der Handlungsagent hat sich von einem Angestellten des Handelshauses zu einem selbständigen Gewerbetreibenden entwickelt. Gingen doch noch der Kommissionsentwurf und der Entwurf I davon aus, ihr Verhältnis zum Geschäftsherrn tunlichst mit demjenigen der Angestellten in Einklang zu bringen[1]), und hält es die Denkschrift[2]) überall für erforderlich, die Ab-

1) cf. Düringer-Hachenburg S. 260/261.

2) cf. Denkschrift S. 69 ff.

weichungen der Bestimmungen für den Handlungsagenten von denjenigen für den Handlungsgehilfen und Handlungsbevollmächtigten zu rechtfertigen.

Der römische Grosskaufmann betrieb seine Handelsgeschäfte an solchen Handelsplätzen des Weltreiches, an welchen eine Vertretung notwendig oder erwünscht war, durch Sklaven und Freigelassene. Für solche Verhältnisse waren durch das prätorische Edikt die sogen. actiones adjectitiae qualitatis eingeführt worden. Insbesondere gab die actio institoria dem Dritten den nötigen Rechtsschutz und ermöglichte durch die gewährte Rechtssicherheit eine derartige Vertretung des Geschäftsherrn [1]).

Im Mittelalter hatten die Handlungshäuser in den überseeischen Handelscentren ihre Faktoreien. Der Faktor war Angestellter seines Handelshauses; aus diesen Faktoren haben sich teils die Kommissionäre, teils die Agenten entwickelt. Die grossen indischen Handelskompagnien Englands und Hollands hielten an den Höfen der einheimischen Fürsten ihre Agenten, deren Macht und Einfluss allmählich den Fürsten in den Schatten stellte. Das Bedürfnis, dem Agenten eine selbständige Stellung zu geben, trat mit der durch die gewaltige Ausbildung der Verkehrsmittel, insbesondere durch die Entstehung der Eisenbahnen bedingten Ausdehnung des Handelsverkehrs ein. Seitdem ein grosses Handlungshaus sich nicht mehr damit begnügen konnte, in einigen wenigen Centren des Welthandels für seine Vertretung zu sorgen, sondern eine solche in einer ganzen Reihe grösserer Handelsstädte erforderlich und erwünscht war, füllte einesteils die Tätigkeit für ein Haus die Berufstätigkeit eines Mannes nicht mehr aus; und andererseits war es dem Hause ohne den

1) cf. Dernburg, Pandekten II, § 13.

erheblichsten Zeit- und Geldaufwand nicht möglich, in jeder der vielen Städte einen eigenen, den Verkehrsverhältnissen gerade dieser Stadt angepassten Geschäftsbetrieb einzurichten. Zwar boten zunächst die Kommissionäre willkommene Aushilfe. Anfangs nämlich behalf sich das Handlungshaus damit, dass es einem Geschäftsfreunde in der fremden Stadt seine Waren sandte und diesen mit dem Verkauf derselben beauftragte.

Allmählich wurde der Betrieb des Kommissionsgeschäfts ein eigenes Gewerbe. Es gab bald in jeder grösseren Handelsstadt Grosskommissionäre, welche sich zwischen den importierenden oder unmittelbar vom Produzenten kaufenden Grosskaufmann und den Detaillisten schoben. Deren rechte Erben sind die grossen Warenhäuser und Versandhäuser geworden, nur dass diese meist auf dem Prinzip des Kaufs für eigene Rechnung basieren.

Je mehr aber der Grossbetrieb den Kleinbetrieb verdrängte [1]) und je mehr der nach den Bestimmungen des neuen Handelsgesetzbuches regelmässig zu den Kaufleuten zu rechnende Grossindustrielle den direkten Verkehr mit dem abnehmenden Detaillisten sucht, um einerseits seinem Unternehmen ein festes Absatzgebiet zu sichern und andererseits von dem Grosskommissionär unabhängig zu werden, desto mehr gewann der Stand der Handlungsagenten an Bedeutung und schränkte das Kommissionsgeschäft ein.

Die Ausbildung der die Handlungsagenten betreffenden Rechtssätze hatte mit grossen Schwierigkeiten zu kämpfen und ist erst durch das neue Handelsgesetzbuch zu einem vorläufigen Abschluss gelangt. Der Grund dieser Schwierigkeiten lag darin, dass bis

1) Immerwahr S. 13.

in die neuere Zeit der Verkehr jede Hilfsperson des Handels, sobald sie eine etwas selbständigere Stellung einnahm, unterschiedslos mit dem Namen „Agent“ bezeichnete und darunter bald den Vorsteher eines Zweiggeschäftes, bald den Handlungsgehilfen oder Prokuristen mit umfassenderer Vollmacht, bald den Kommissionär oder den Makler, bald den Handlungsagenten in unserem Sinne begriff[1]). Aus diesem Grunde lehnte es noch die Nürnberger Konferenz zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches ab, den Begriff und die Vertretungsbefugnis des Handlungsagenten gesetzlich zu regeln, und begründete diese Stellungnahme damit, dass das Wort „Agent“ überhaupt keinen festumgrenzten Begriff zum Ausdruck bringe und die Stellung der Agenten eine zu verschiedenartige sei, um allgemein giltige Grundsätze dafür aufstellen zu können. In der Tat war auch damals das Gewerbe der Agentur noch in der Entwickelung begriffen und zu einem, wenn auch nur vorläufigen, Abschluss in dieser Entwickelung noch nicht gediehen.

Erst allmählich sonderten sich die Handlungsagenten als besonderer Stand von den übrigen Hilfspersonen des Handels ab, und stellten die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes, später des Reichsgerichtes eine Reihe von Rechtssätzen über die rechtliche Stellung der Handlungsagenten auf, welche zumeist dem mächtig um sich greifenden Handelsgewohnheitsrecht entnommen waren. Wie die Handlungsagenten selbst ihre Stellung auffassten, ergibt sich deutlich aus dem Statut des Vereins „Berliner

---

1) Immerwahr S. 1 ff.; Goldmann S. 397 ff.; Dernburg II, S. 481; Cosack § 38; Goldschmidt I, § 355 S. 634 ff.; Behrend I, S. 379; Lehmann-Ring S. 192; Bezold S. 140 ff.; Jacusiel S. 1 ff.

Agenten“ [1]). Dieses bezeichnet als Agenten solche Personen, „die ein selbständiges Gewerbe im Sinne des Handelsgesetzbuches betreiben und als Vertreter von bestimmten Geschäftsherrn arbeiten“.

Für Rechtswissenschaft und Praxis ist die Entscheidung des Reichsgerichtes vom 2. Juli 1892 von maßgebender Bedeutung geworden. In derselben heisst es:

„Der Inhalt des Agenturvertrages besteht darin, dass dem Agenten das Recht übertragen wird und er die Pflicht übernimmt, dauernd für den Umsatz der Waren seines Kommittenten in einem mehr oder weniger begrenzten Gebiet zu sorgen und hierbei dessen Interessen zu wahren, dass jedoch der Agent in kein Dienstverhältnis zum Kommittenten tritt, daher auch die von diesem zugesicherte Vergütung sich nicht als Lohn für bestimmte dauernde Dienstleistungen darstellt, sondern als — nach dem vom Agenten erzielten Erfolge bemessener — Gewinn desselben.“

Im weiteren Verlauf der Gründe heisst es: „Dieser Vertrag ist daher nicht nach den Vorschriften über Dienstmiete oder Werkverding, sondern nach den aus seinem besonderen Inhalt sich ergebenden Folgerungen, unter Berücksichtigung der im Handelsverkehr geltenden Gebräuche, der Grundsätze vom redlichen Vertragsvollzuge und der Billigkeit zu beurteilen, und es muss darnach der Wille der Parteien ermittelt werden.“

Diese Entscheidung lässt andererseits aber auch erkennen, dass über viele Punkte Klarheit nicht gewonnen war. Dementsprechend wurde in dem Gutachten der vereinigten Hansastädte [2]) zum ersten Entwurfe des neuen Handelsgesetzbuches es gründlicher

1) Immerwahr S. 2 ff.

2) Gemeinschaftliches Gutachten der Handelskammern Hamburg, Bremen, Lübeck S. 15.

Erwägung anheimgegeben, ob es sich nicht empfehle, den ganzen Abschnitt über die Agenten wieder zu streichen. Die einzelnen Agenturverhältnisse seien zu mannigfaltig. Da die gesetzliche Form zu eng für alle Verhältnisse sein werde, so würde entweder die Entwickelung des Agentenwesens zum Schaden des Verkehrs gehemmt oder aber, wenn sich der Verkehr nicht Gewalt antun liesse, die gesetzliche Form bald gesprengt werden.

Es wurde jedoch aus den Kreisen der Agenten selber mit grosser Entschiedenheit die gesetzliche Regelung ihrer Verhältnisse angestrebt und auch sonst von kaufmännischer Seite befürwortet [1]).

Die Regierungen und der Reichstag entschieden sich dafür, die Rechtsverhältnisse der Handlungsagenten in dem neuen Gesetzbuche zwar nicht erschöpfend, aber doch insoweit zu regeln, dass die obwaltende Rechtsunsicherheit möglichst beseitigt, den Prozessen in den beteiligten Kreisen tunlichst vorgebeugt und der Rechtsprechung eine gewisse Direktive gegeben werde.

Der § 84 H.G.B. bezeichnet als Handlungsagenten denjenigen, welcher, ohne als Handlungsgehilfe angestellt zu sein, ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines Anderen Geschäfte zu vermitteln oder im Namen des Anderen abzuschliessen.

§ 2.

Der Handelsmäkler.

Das Institut der Mäkler ist ein notwendiges Produkt der mit der Entwickelung des Verkehrs fortschreitenden Arbeitsteilung [2]). Für solche Personen,

1) Denkschrift S. 67 ff.; Reichstagsverhandlungen, stenograph. Bericht, 170. Sitzung. Rede Nieberdings.

2) Dernburg, B.G.B. II, S. 481 ff.

welche eine genaue Orts- und Personenkenntnis nicht besitzen, also namentlich für Fremde, bei den Verhältnissen grösserer Städte aber auch für Einheimische, besteht das Bedürfnis, wenn sie einen Vertrag über einen Gegenstand abzuschliessen wünschen, von dem sie nicht wissen, wer ihn veräussern, resp. erwerben will, die Hilfe solcher Personen in Anspruch zu nehmen, welche das besitzen, was ihnen abgeht [1]).

Andrerseits kann es einem Erwerbszweige, welcher weder Kapital noch Studien erfordert, nicht an solchen Personen fehlen, welche sich ihm widmen. Endlich lehrt die Erfahrung, dass auch unter bekannten Personen eine Einigung leichter zu Stande kommt, wenn eine dritte Person dieselbe fördert. Deshalb hatte auch schon die Gesetzgebung des römischen Kaiserreichs Veranlassung, sich mit der Regelung der Rechtsverhältnisse des Mäklers (proxenetae) zu befassen; es geschah dies aber keineswegs in einem diesem Gewerbe freundlichen Sinne [2]). Im Gegenteil handelte es sich für die Gesetzgebung zumeist darum, die Auswüchse dieses Erwerbszweiges, dem sich Bankerottierer, Betrüger und Industrieritter aller Art mit Vorliebe zuwandten [3]), tunlichst zu beschneiden. Diese proxenetae, später Mäkler genannt, sind aber keineswegs die Vorgänger der Handelsmäkler. Deren Vorgänger sind vielmehr die sog. Sensalen, Courtiers, underkauffel, später mekelere, Beamte und Diener der kaufmännischen Korporationen und Städte [4]), während die Nachfolger der früheren proxenetae die heutigen Civilmäkler sind.

Wie Laband in seinem angeführten Aufsatze in der Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche

1) Laband S. 1 ff.; Struck S. 186 ff.
2) Rocholl S. 400 ff.
3) Laband S. 13.
4) Laband und Struck a. a. O.

Rechtswissenschaft überzeugend nachgewiesen hat[1]), waren die vereideten Handelsmäkler, wie ihr Name Sensale (von censualis = scriba publicus)[2]) und Courtiers (von curatorius = zur curia gehörig) genugsam andeutet, ursprünglich Urkundspersonen. Sie hatten ihr Aufkommen den eigentümlichen Grundsätzen des altgermanischen Beweisverfahrens zu verdanken.

Nach diesem[3]) konnte sich der Beklagte von jeder Klage durch seinen Eid reinigen, ausser wenn der Vertrag gerichtlich geschlossen wurde. Partikularrechtlich bildete sich jedoch der Satz aus, dass das Zeugnis von glaubhaften Männern eine ähnliche Wirkung haben solle, wie die gerichtliche Abschliessung. Vielfach wurde in den Stadtrechten bestimmt, dass eine Anzahl glaubwürdiger Männer, welche von der Obrigkeit bestimmt, meist auch vereidigt wurden, eingesetzt werden sollten, — dass diese verpflichtet sein sollten, sich bei Vertragsschliessungen zuziehen zu lassen und über dieselbe ihr Zeugnis abzulegen, und dass das Zeugnis von zwei derselben vollen Beweis liefern solle.

Dieselbe Kraft wie die gerichtliche Abschliessung und wie die Zuziehung und das Zeugnis dieser Personen, hatte auch die schon in früherer Zeit sehr übliche Abschliessung von Verträgen vor anderen Landes- und Stadtbehörden oder vor den notariellen und anderen öffentlich beglaubigten Urkundspersonen. So entwickelte sich die allgemeine Gewohnheit, bei dem Abschluss von Verträgen öffentlich beglaubigte Personen zuziehen.

Für den Handelsstand führte diese Rechtslage zu einer besonderen ihm eigentümlichen Entwickelung.

---

1) Laband S. 18 ff.

2) Manche Schriftsteller leiten das Wort „Sensal" vom arabisch-persischen simsâr ab, was so viel wie Mäkler bedeutet.

3) Laband S. 14 ff.; Struck S. 188 ff.

In den Handelsstädten hatte der Kaufmannsstand eine gewisse Autonomie in Handelssachen[1]) und es hatten dort überall die consuetudines mercatorum rechtsverbindliche Kraft. Die Kaufmannschaft bedurfte aber zur Beurkundung ihrer Rechtsgeschäfte solcher Personen, welche auch geschäftskundig waren. Es wurde daher, — sei es kraft autonomischer Satzungen, — sei es kraft Handelsgewohnheitsrechtes Rechtens, dass das Zeugnis von vom Rat der Stadt oder von der Kaufmannschaft ernannten, mit öffentlichem Glauben versehenen handelsverständigen Personen für den Abschluss der unter ihrer Zuziehung geschlossenen handelsgeschäftlichen Verträgen vollen Beweis erbringe, dass diese Personen verpflichtet waren, sich als Zeugen zuziehen zu lassen und Zeugnis abzulegen, und dass sie für ihre Mitwirkung ein Honorar zu beanspruchen hatten[2]). Diese Rechtsbildung ist der Ursprung des Gewerbes der heutigen Handelsmäkler.

Im Laufe der Zeit begannen diese Personen auch Verträge zu vermitteln, weil sie wegen des Honorars ein Interesse an deren Zustandekommen hatten. Sie verdrängten zunächst tatsächlich die nicht mit öffentlichem Glauben versehenen Mäkler, weil die Kaufleute, welche ohnehin wegen der notariellen Qualität der amtlich angestellten Makler auf deren Zuziehung angewiesen waren, es einfacher und sicherer fanden, sich an diese mit öffentlichem Glauben versehenen Personen auch wegen der Vermittelung zu wenden. Später wurde diese tatsächliche Verdrängung rechtlich sanktioniert, indem den nicht amtlich bestellten Mäklern (den jetzt sogen. Pfuschmäklern) Vermittelung bei Strafe untersagt wurde. Andrerseits musste die

1) Laband a. a. O.; Struck a. a. O.
2) Laband S. 39 ff.

Vereinigung der gesamten Vermittlertätigkeit in der Hand der bestellten Handelsmäkler, welche diesen eine genaue Kenntnis der Vermögensverhältnisse der Handeltreibenden, des Standes des Marktes, des Verhältnisses von Angebot und Nachfrage verschaffte, diesen ein Übergewicht über jeden Kaufmann verleihen, dessen Missbrauch der Kaufmannschaft gefährlich werden musste [1]). Infolgedessen wurden sie zahlreichen gesetzlichen Beschränkungen unterworfen, welche teils den Zweck hatten, ihre Unparteilichkeit zu sichern, teils darauf hinzielten, der Kaufmannschaft in ihnen treue und ergebene Diener zu sichern. Die hauptsächlichsten dieser Beschränkungen waren das Verbot des Eigenhandels, das Verbot der Bürgschaftsleistung, der Übernahme von Waren auf eigene Rechnung, der Annahme von Aufträgen Abwesender, des Gewerbebetriebs mit Gehilfen, der Vereinigung mehrerer Mäkler zum gemeinsamen Betrieb des Gewerbes, des Kommissionshandels und der Ausstellung von Wechseln, und endlich der Teilnahme an Handelsgesellschaften. Alle diese Beschränkungen waren aber nicht in allen Handelsstädten und Staaten gleichmässig; sie wurden partikularrechtlich festgestellt; übereinstimmend sind die verschiedenen Rechte in dem Verbot des eignen Handels in Waren und Wechseln, des Kommissionshandels, der Teilnahme an Handelsgesellschaften und der Vereinigung Mehrerer zum gemeinsamen Gewerbebetrieb.

Eine Änderung in der Stellung der bestellten Handelsmäkler war infolge des Eindringens des römischen Civilprozessrechtes, der Bildung des gemeinen Civilprozessrechtes zu befürchten. Sie liefen Gefahr, ihre Qualität als Urkundspersonen zu verlieren [2]), weil

1) Laband S. 22 ff.; Struck S. 194 ff.
2) Laband S. 137 ff.; Struck S. 191 ff.

nach den Grundsätzen des gemeinen Prozessrechtes ihr Zeugnis nur für die Bedingungen des durch sie vermittelten Geschäftes, nicht aber für das Zustandekommen desselben, an dem sie ja ihres Honorars halber interessiert waren, Wert hatte. Das Bedürfnis der Kaufmannschaft nach zuverlässigen, geschäftskundigen Vermittlern half ihnen aber über diese Krisis hinweg. Ihre Qualität als Urkundspersonen wurde dadurch gerettet, dass ihnen die Führung eines Tagebuches, durch welches sie ihr Zeugnis unterstützen konnten, und die Ausstellung von Schlussscheinen zur Pflicht gemacht wurde, von Schlussscheinen, deren Entgegennahme seitens der Parteien zum Beweise des Geschäftsabschlusses dienen konnte, zumal wenn dieselben, von der Gegenpartei unterzeichnet, jeder Partei zugestellt wurden. Es mag bei der Auferlegung der Verpflichtung zur Ausstellung von Schlussscheinen allerdings auch schon ein gewisses Misstrauen der Kaufmannschaft mitgesprochen haben. Denn bevor und soweit nicht der gemeine Civilprozess zur unumschränkten Herrschaft gelangt war, hingen das Vermögen und die Ehre eines Kaufmannes von der Gewissenhaftigkeit und Zuverlässigkeit des Mäklers ab [1]). Die Gefahr bestand auch noch nach Einführung des gemeinen Civilprozesses fort, insoweit als das auf das geführte Tagebuch gestützte Zeugnis des Mäklers Beweis erbrachte. Die Schlussnoten gewährten aber den Parteien eine gewisse Kontrole über die Aufzeichnungen des Maklers.

Die Stellung der vereidigten Handelsmäkler wurde erst eine schwierige, als in den 20er Jahren des vorigen Jahrhunderts einerseits die gewaltige Steigerung des Handelsverkehrs und die Ausdehnung der Spekulation (hervorgerufen durch die Umwälzung der Verkehrs-

1) Struck S. 192 ff.

mittel — Eisenbahn, Post und Telegraph) den Mäkler gerade infolge der ihm auferlegten Beschränkungen unfähig machte, den gesteigerten Anforderungen der Kaufmannschaft zu genügen; andrerseits wurde dadurch seine Funktion als Urkundsperson zum grössten Teile überflüssig. Denn die Kaufmannschaft bedurfte solcher Vermittler, welche im Bedarfsfalle Waren, Wechsel und Wertpapiere für eigne Rechnung übernahmen, welche sich für die Erfüllung der Verbindlichkeiten eines Kontrahenten verbürgen konnten, welche auch Aufträge von Abwesenden annehmen konnten[1]). Der Kredit eines Kaufmannes hing so sehr von dem Rufe seiner Redlichkeit ab, dass niemand ohne Gefährdung seiner ganzen wirtschaftlichen Existenz es wagen konnte, einen geschlossenen Vertrag abzuleugnen[2]); — jeder fühlte sich zur Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeiten so stark verpflichtet, dass Prozesse über die Existenz eines Vertrages fast ganz unbekannt waren. Dadurch trat die notarielle Tätigkeit der Mäkler fast ganz in den Hintergrund. Die Schlusszettel wurden den Parteien zwar zugestellt, aber prozessualer Gebrauch wurde davon nicht gemacht.

Die Kaufmannschaft liess allmählich die beeideten Mäkler, welche ihren Bedürfnissen nicht mehr genügten, fallen. Damit war ihr Schicksal entschieden. Der Kommissionär und der sog. „Pfuschmäkler“ verdrängten ihn. Er konnte seine Tätigkeit fast nur noch auf Börsen und Märkten, wo es lediglich darauf ankam, anwesende Kontrahenten zusammenzuführen und das Zustandekommen des Vertrags formell zu bestätigen, und auf dem Gebiete der Transportgeschäfte auf See- und Wasserstrassen, wo es sich darum han-

1) Struck S. 201 ff.
2) Struck S. 204/5.

delte, Verfrachter und Befrachter zusammenzuführen, also als Börsen- und Schiffsmakler in ausgedehnterem Maße entfalten. Seine Qualität als Urkundsperson erschöpfte sich praktisch in seiner Mitwirkung bei Feststellung der Kurse.

Ganz im Gegensatz zum Handlungsagenten[1]) hat sich die Gesetzgebung schon seit dem 13. Jahrhundert sehr eingehend mit der Feststellung der Rechtssätze über das Maklergeschäft des Handelsmäklers beschäftigt. Sie hat aber im Laufe der Entwickelung die Zahl der Rechtssätze stetig vermindert.

Schon bei den Nürnberger Konferenzen bestand ein lebhafter Meinungsstreit darüber[2]), ob die gesetzlichen Beschränkungen der beeideten Mäkler aufrecht zu erhalten seien oder nicht, und ob das Mäklergewerbe, soweit nicht die beeideten Mäkler in Frage standen, freizugeben sei oder nicht. Trotz vielseitiger Warnungen, namentlich auch von seiten Laband's[3]) in seiner angeführten Schrift, entschied man sich dafür, einerseits das Mäklergewerbe freizugeben, andrerseits die bestehenden gesetzlichen Beschränkungen der vereideten Handelsmäkler aufrecht zu erhalten und ihnen dafür das Privileg der Mitwirkung bei der Feststellung der Kurse zu belassen. Was Laband vorhergesehen hatte, trat ein. Die beeideten Handelsmäkler unterlagen der Konkurrenz der nicht beeideten Mäkler oder aber setzten sich über die gesetzlichen Beschränkungen hinweg. Die Mitwirkung bei der Feststellung der Kurse bot keinen Ersatz, — weil die beeideten Mäkler, falls sie sich (wie in Berlin) über die gesetzlichen Beschränkungen hinwegsetzten, die Kurse in ihrem Interesse zu

---

1) Laband S. 20 ff.
2) Struck S. 211; Laband S. 45 ff.; Rocholl S. 402 ff.
3) Laband S. 50 ff.

fälschen suchten[1]), — falls sie sich aber an die gesetzlichen Beschränkungen hielten, zu wenig Geschäfte vermittelten, um eine wirksame Unterstützung bei der Kursfeststellung gewähren zu können; — in beiden Fällen sah sich aber die Kaufmannschaft genötigt, andere Mittel zur Feststellung der Kurse zu suchen.

Nachdem schon das Börsengesetz vom 22./6. 1896 das Institut der vereideten Mäkler für die Vermittelung von Börsengeschäften aufgehoben hatte (§ 34), hat das neue Handelsgesetzbuch dies Institut gänzlich abgeschafft, aber unter Aufrechterhaltung der besonderen Bestimmungen des Börsengesetzes über die Kursmäkler.

Für den beschränkten Kreis von Geschäften, bei welchen der Handelsverkehr sich noch solcher Personen zu bedienen pflegt, deren Stellung zu den Parteien regelmässig der der alten beeideten Handelsmäkler gleicht, hat das H.G.B. im 8. Abschnitt des I. Buches besondere Rechtssätze aufgestellt.

§ 93 begrenzt den Begriff des Handelsmäklers dahin:

„Wer gewerbsmässig für andere Personen, ohne von ihnen auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein, die Vermittelung von Verträgen über Anschaffung oder Veräusserung von Waren oder Wertpapieren, über Versicherungen, Güterbeförderungen, Bodmerei oder sonstige Gegenstände des Handelsverkehrs übernimmt, hat die Rechte und Pflichten eines Handelsmäklers. Auf die Vermittelung anderer als der bezeichneten Geschäfte, insbesondere auf die Vermittelung von Geschäften über unbewegliche Sachen, finden, auch wenn die Vermittelung durch einen Handelsmäkler erfolgt, die Vorschriften dieses Abschnitts keine Anwendung.“

---

1) Struck S. 215 ff.

Die Definition des Handelsmäklers würde darnach zu lauten haben:

Handelsmäkler ist derjenige, welcher gewerbsmässig für andere Personen, ohne von ihnen auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein, die Vermittelung von Verträgen über Gegenstände des Handelsverkehrs übernimmt.

Die Definition des Kursmäklers würde nach § 30 des Börsengesetzes zu lauten haben:

Kursmäkler sind solche Handelsmäkler, welche zur Mitwirkung bei der amtlichen Festsetzung des Börsenpreises von solchen Waren und Wertpapieren, für welche sie die Vermittelung von Börsengeschäften betreiben, ernannt sind.

II.

Abhandlung.

Handlungsagenten und Handelsmäkler haben dies miteinander gemein, dass beide trotz ihrer Eigenschaft als Hilfspersonen des Handels zwar selbständige Kaufleute sind, und dass der wesentliche Gegenstand ihrer Tätigkeit die Vorbereitung oder Herbeiführung von Vertragsschlüssen ist. Aber sie unterscheiden sich begrifflich sowohl hinsichtlich der Verträge, welche Gegenstand der Vermittelung sind, als auch bezüglich der Natur des Vertragsverhältnisses, welches die Ursache ihrer Tätigkeit ist. Hieraus ergibt sich — einerseits die Verschiedenheit ihrer Rechte und Pflichten sowohl gegenüber ihrem Auftraggeber als auch gegenüber dem anderen Teile, mit welchem der Vertrag seitens ihres Auftraggebers geschlossen werden soll — andrerseits die Verschiedenheit der Haftung ihres Auftraggebers für ihre Erklärungen und Handlungen. Den gemeinsamen Merkmalen und den Verschiedenheiten entsprechend sind auch ihre dem öffentlichen Recht angehörenden Rechte und Pflichten teils gleich gestaltet, teils verschiedenartig geordnet.

§ 1.

Der Gegenstand der Vermittelung.

Den Gegenstand der Vermittelung der Handlungsagenten bilden Geschäfte für das Handelsgewerbe eines

Anderen, mit anderen Worten, solche Geschäfte, welche zu dem Gewerbebetrieb eines Kaufmanns gehören[1]). Es ist nicht erforderlich, dass die vermittelten Geschäfte Grund-Handelsgeschäfte im Sinne des § 1 H.G.B. sind. Es genügt, dass der Auftraggeber Kaufmann ist und das betreffende Geschäft zu dessen Gewerbebetrieb gehört (sog. Hilfsgeschäfte des Kaufmanns). Folglich gehören hierher alle Rechtsgeschäfte, welche vorgenommen werden im Gewerbebetrieb derjenigen physischen oder juristischen Personen, welche auf Grund der in § 1 H.G.B. angeführten Grundhandelsgeschäfte sog. Musskaufleute sind — oder welche ein gewerbliches Unternehmen betreiben, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, und dasselbe pflichtgemäss in das Handelsregister haben eintragen lassen (Sollkaufleute des § 2), — oder welche ein land- oder forstwirtschaftliches Nebengewerbe betreiben und von der Befugnis, dasselbe in das Handelsregister eintragen zu lassen, Gebrauch gemacht haben (Kannkaufleute des § 3), — oder schliesslich, welche ohne Rücksicht auf den Gegenstand ihres Geschäftsbetriebes schon kraft ihrer rechtlichen Form, nämlich kraft ihrer Qualität als juristische Personen Kaufleute sind (Formkaufleute), wie die Aktien- und Kommanditaktiengesellschaften, die eingetragenen Genossenschaften und die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Es ist andrerseits auch nicht ausreichend, dass die vermittelten Geschäfte wirklich Handelsgeschäfte sind oder besser, nach dem 3. Buch des H.G.B., d. h. nach dem Recht der Handelsgeschäfte behandelt werden; wie die Geschäfte der rechtsfähigen Versiche-

---

1) Staub Anm. 9 zu § 84; Goldmann Anm. zu § 84; Jacusiel S. 6; Düringer-Hachenburg zu § 84.

rungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit[1]); denn der betreffende Versicherungsverein ist kein Kaufmann[2]). Andrerseits ist der Verkauf von Grundstücken kein Grundhandelsgeschäft des § 1; trotzdem ist beim Vorhandensein der übrigen Begriffsmerkmale der Agent, welcher solche Verkäufe und Beleihungen gewerbsmässig vermittelt, doch Handlungsagent, wenn sein Auftraggeber nur ein Kaufmann ist, z. B. eine Immobilienbank.

Es ist auch nicht erforderlich, dass die Gegenstände, auf welche sich die Vermittelungstätigkeit des Agenten bezieht, gerade Gegenstände des Handelsverkehrs sind. Weder Grundstücke noch die menschliche Arbeitskraft sind regelmässig Gegenstände des Handelsverkehrs. Trotzdem ist sowohl der Agent einer Immobilienbank wie der Agent eines in das Handelsregister eingetragenen Theater- oder sonstigen gewerblichen Unternehmers Handlungsagent, wenn er mit dem Engagement von Theaterpersonal oder gewerblichen Arbeitskräften von seinem kaufmännischen Auftraggeber ständig betraut ist.

Umgekehrt ist bei dem Handelsmäkler in keiner Weise erforderlich, dass der Auftraggeber Kaufmann ist. Auch derjenige Mäkler, welcher zwischen zwei Rentnern den An- resp. Verkauf von Obligationen vermittelt, handelt, wenn die übrigen Begriffsmerkmale zutreffen, als Handelsmäkler. Auch bei der Tätigkeit des Mäklers ist es weder erforderlich noch ausreichend, dass die von ihm vermittelten Geschäfte Handelsgeschäfte sind. Wer gewerbsmässig Anstellungsverträge kaufmännischen Personals vermittelt, — oder Darlehn

---

1) Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901 § 15, 16.

2) Ebenda § 16.

von Lombard- oder Hypothekenbanken an Kaufleute, also Handelsgeschäfte, vermittelt, ist deshalb noch nicht Handelsmäkler. Auf solche Vermittelungen finden die Vorschriften des achten Abschnitts im 1. Buche keine Anwendung. Sie sind vielmehr nur anwendbar, wenn die vermittelten Geschäfte Gegenstände des Handelsverkehrs betreffen[1]). Über das, was Gegenstand des Handelsverkehrs ist, entscheidet die Verkehrsauffassung. Das Gesetz gibt nur Beispiele.

Ebensowenig wie Grundstücke und die menschliche Arbeitskraft und geistige Tätigkeit, sind nach der Verkehrsauffassung nicht Gegenstand des Handelsverkehrs die Gründung von Gesellschaften, oder die Aufnahme von Teilhabern, oder das Mieten von Räumen. Aber wohl sind es z. B. Patente und sonstige Urheberrechte[2]); daher ist die Tätigkeit desjenigen Patentanwalts, welcher gewerbsmässig den Abschluss von Verträgen zwischen Erfindern und Kapitalisten, die das Patent zu Spekulationszwecken erwerben wollen, vorbereitet oder herbeiführt, die eines Handelsmäklers.

Der Unterschied zwischen dem Gegenstande der Vermittelungstätigkeit des Handelsmäklers und Handlungsagenten besteht mithin darin, dass die von dem ersteren vermittelten Geschäfte Handelsgeschäfte sein können — aber nicht sein müssen, und es gleichgiltig ist, ob sie Geschäfte eines Kaufmanns oder Nichtkaufmanns sind, — während die von letzterem vermittelten Geschäfte unbedingt Handelsgeschäfte eines Kaufmanns sein müssen, — ferner dass Gegenstand der von dem ersteren vermittelten Verträge nur solche Gegenstände sein können, welche die Verkehrsauffassung als regelmässige Gegenstände des Handelsverkehrs ansieht, wäh-

---

1) Staub Anm. 4 zu § 93.
2) Staub a. a. O.

rend Gegenstand der von letzterem vermittelten Verträge alle verkehrsfähigen Sachen und Rechte sein können.

§ 2.

Der Vertrag des Handlungsagenten resp. Handelsmäklers mit dem Auftraggeber.

Sowohl der Agentur- wie der Mäklervertrag haben Anlass zu langem und hartem Streit darüber gegeben, zu welchen der bekannten Vertragstypen sie zu rechnen seien[1]). Aber während der Streit über die rechtliche Natur des Agenturvertrages durch die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuchs über den Dienstvertrag seine Erledigung gefunden haben dürfte, dauert derjenige über die rechtliche Natur des Mäklervertrages noch fort.

Die bedeutendsten Schriftsteller, welche sich mit der rechtlichen Natur des Vertrages des Handlungsagenten beschäftigt haben, sind nunmehr fast darüber einig, dass derselbe, so wie er im achten Abschnitte des ersten Buches des H.G.B. normiert ist, ein Dienstvertrag ist. Die Schwierigkeit der Klassifikation dieses Vertrages bestand vor der Einführung des B.G.B. darin, dass einerseits die Rechtssätze über das Mandat nicht auf ihn passten, weil das Mandat seiner Natur nach unentgeltlich ist; andererseits darin, dass das gemeine Recht als Gegenstand des Dienstvertrages nur physische Arbeitsleistungen, solche, welche jeder gesunde Mensch zu leisten vermag, nicht aber operae liberales, d. h. Arbeitsleistungen durch freie Geistestätigkeit, kannte, und das gemeine Recht die Entschei-

---

1) Immerwahr S. 9 ff.; Riesenfeld S. 27 ff.; Rocholl S. 401 ff.; Laband S. 44 ff.; Crome S. 414 ff.; Staub Anm. 4 zu § 84; Goldmann S. 401.

dung über Arbeitsleistungen der letzteren Art, wie z. B. die des mensor in das Verfahren extra ordinem verwies. Dem gemeinen Rechte genügten bis in die neueste Zeit als Gegenstand des Dienstvertrages wenigstens solche Dienste, welche nach den Anweisungen des Dienstberechtigten zu leisten waren.

Nachdem das B.G.B. in § 611 Abs. 2 ausdrücklich bestimmt hat, „Gegenstand des Dienstvertrages können Dienste jeder Art sein“ und da nach seinen sonstigen Bestimmungen die Verträge nicht nur über solche Dienste, welche eine gewöhnliche Geschäftsbesorgung enthalten, als Dienstverträge angesehen werden (§ 675), sondern auch Dienste höherer Art (cf. § 622 und 627), wie des Lehrers, Arztes, des Rechtsanwalts, als geeignete Gegenstände des Dienstvertrages anerkannt sind, so kann es keinem Zweifel unterliegen, dass auch der Vertrag des Handlungsagenten mit seinem Auftraggeber ein Dienstvertrag ist, und dass die Rechtssätze des B.G.B. über den Dienstvertrag insoweit Anwendung finden, als das Handelsgesetzbuch nicht Spezialbestimmungen enthält. Denn durch jenen Vertrag verpflichtet sich der Handlungsagent, für die Vermittelung, gegebenen Falls für den Abschluss, auch für die Ausführung, soweit es das Interesse seines Auftraggebers verlangt, bemüht zu sein, — und der Auftraggeber, für diese Dienstleistungen die vereinbarte oder übliche Vergütung zu zahlen.

Der Mäklervertrag wird zwar auch von der überwiegenden Mehrheit der Schriftsteller für einen Dienstvertrag erklärt. Die Entscheidung der Frage, ob der Mäklervertrag und insbesondere der Handelsmäklervertrag ein Dienstvertrag ist oder nicht, hängt in erster Linie von der Vorfrage ab, ob diese Verträge überhaupt zweiseitige Verträge sind, ob insbesondere der Mäkler, welcher einen Auftrag zur Vermittelung entgegennimmt, damit auch die Verpflichtung ein-

geht, eine vermittelnde Tätigkeit zu entfalten. Bejaht man diese Frage, so ist der Vertrag in vielen Fällen ein Dienstvertrag nach der Begriffsbestimmung dieses Vertrages durch § 611 B.G.B. Die Behauptung, dass wenigstens der Handelsmäkler sich zur Leistung von Diensten, d. h. zur Entfaltung von vermittelnder Tätigkeit verpflichte[1]), wird teils mit dem Wortlaute des § 93 H.G.B. „Wer . . . . übernimmt", teils mit der Auffassung des Lebens und den Interessen der kontrahierenden Parteien begründet. Diese Gründe sind jedoch nicht durchschlagend.

Das Wort „übernehmen" bedeutet in der Sprache des Handelsgesetzbuches nicht die Übernahme der Verpflichtung zur Ausführung; dies ergibt sich aus den Bestimmungen über das Kommissions- und Speditionsgeschäft. Denn nachdem in § 383 und 407 das Wort „übernimmt" gebraucht ist, um den Abschluss der Verträge zu bezeichnen, wird in den § 384 und 408 ausdrücklich bestimmt, dass der Kommissionär resp. Spediteur verpflichtet sind, das übernommene Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszuführen. Mit Rücksicht auf die Bestimmungen des § 276 H.G.B. wären jene Bestimmungen ganz überflüssig gewesen, wenn die Verpflichtung zur Ausführung schon mit dem Worte „übernimmt" ausgedrückt wäre. Das Wort kommt ferner vor in der Begriffsbestimmung des Lagerhalters § 416 und derjenigen des Frachtführers § 425 H.G.B. Bei dem Lagerhalter ergibt sich die Verpflichtung zur Ausführung mittelbar, aber mit unzweifelhafter Sicherheit aus den § 417—419. Der § 425 hätte, wenn die Verpflichtung zur Ausführung schon durch das Wort „übernimmt"

1) Crome S. 412 ff.; Dernburg II, 2 § 338—339; Düringer-Hachenburg S. 283; Goldmann S. 436 ff.

ausgedrückt wäre, lauten müssen: „Frachtführer ist, wer gewerbsmässig die Beförderung von Gütern zu Lande, Flüssen oder sonstigen Binnengewässern übernimmt“. Hieraus folgt, dass dem Wortlaute des § 93 H.G.B. ausschlaggebende Bedeutung nicht beigemessen werden kann[1]). Das Wort „übernehmen“ kann an sich bedeuten ebensowohl „sich der Vermittelung tatsächlich unterziehen“ wie „die Verpflichtung zur Vermittelung“ übernehmen. Dass aber gerade die Auffassung des Lebens dem Handelsmäkler die Vertragspflicht auferlege, auf Grund des eingegangenen Mäklervertrages nun auch wirklich eine vermittelnde Tätigkeit zu entfalten, kann nicht zugegeben werden. So sagt auch Staub, Kommentar Anm. 3 zu § 93: „Gerade die Handelsmäkler üben in Bezug auf das Zustandekommen des Geschäfts eine sehr geringe vermittelnde Tätigkeit aus. Sie reden nicht zu, sie bearbeiten nicht den einen Teil, sondern sie führen die Parteien nur zusammen und stellen dann als Zeichen des Abschlusses die Abschlussnoten zu. Eine eigentliche vermittelnde Tätigkeit liegt gerade diesen Mäklern fern.“ In der Regel beschränkt sich die Tätigkeit des Handelsmäklers darauf, Offerten von Käufern, resp. Verkäufern entgegenzunehmen und beiden dann die geeigneten Personen zuzuführen und die Schlussnoten zuzustellen. Das Interesse der kontrahierenden Teile daran, dass der Mäkler auch wirklich tätig sei, ist bei dem Civilmäkler in der Regel ein viel grösseres als bei den Handelsmäklern. Wer in Verlegenheit wegen eines Gehilfen, wegen eines Geschäftslokales ist, dem ist es wohl in vielen Fällen wichtiger, dass der Mäkler sich auch wirklich bemüht, als dem Spekulanten, welcher Waren aufkaufen oder

1) Crome S. 414—418.

verkaufen will. In beiden Fällen wird sich der Auftraggeber von dem Mäkler versprechen lassen, dass er sich Mühe geben wolle; dann liegt ein Dienstvertrag vor. Bei dem Handelsmäkler bietet sich der in den meisten Fällen gangbare und auch viel sicherere Weg, dass sich der Auftraggeber von dem Mäkler einen Schlussschein mit vorbehaltener Aufgabe ausstellen lässt[1]), vgl. § 95 H.G.B.; dann liegt ein Werkvertrag vor. Es kann daher weder aus der Auffassung des Lebens noch aus dem Interesse der kontrahierenden Parteien gefolgert werden, dass eine Verpflichtung zur Entfaltung einer vermittelnden Tätigkeit begrifflich zum Wesen des Mäklervertrages gehört. Dagegen ergeben sich bei näherer Prüfung gewichtige Bedenken gegen eine solche Annahme. Zunächst enthält das Gesetz selbst nichts darüber. Dass aus dem Worte „übernehmen" eine Verpflichtung zur Tätigkeit nicht notwendig folge, wurde bereits dargelegt. Sodann ist anzunehmen, dass das Handelsgesetzbuch nicht einen vom B.G.B. grundsätzlich verschiedenen Begriff des Mäklervertrages habe aufstellen wollen. Das sächsische Gesetzbuch und der Dresdener Entwurf stellten ausdrücklich den Grundsatz auf, dass der Mäkler durch den Mäklervertrag nicht verpflichtet werde. Die Motive zum B.G.B.[2]) haben die Aufstellung dieses Grundsatzes abgelehnt, aber nur deshalb, weil der Mäklervertrag die verschiedensten Gestalten annehmen könne und sein jeweiliger Inhalt aus dem Parteiwillen unter gebührender Berücksichtigung der Verkehrssitte zu entnehmen sei[3]). Sie sprechen allerdings für den Handelsmäklervertrag aus, dass dieser ein zweiseitiger Vertrag sei, dass er also gegenseitige

1) Staub Anm. zu § 95; Jacusiel S. 26; Goldmann S. 439.
2) Motive zum I. Entwurf des B.G.B. S. 510/511.
3) Cosack I, § 152.

Rechte und Pflichten erzeuge, keineswegs aber, dass der Handelsmäkler verpflichtet sei, zu vermitteln.

Das B.G.B. geht mithin davon aus, dass der Mäklervertrag ein Rechtsverhältnis eigener Art ist, welches nicht unbedingt ein Dienst- oder Werkvertrag oder überhaupt ein zweiseitiger Vertrag ist, sondern an und für sich, d. h. in Ermangelung anderweiter Parteiverabredung, eine Art Realvertrag ist, ähnlich dem Darlehn. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, dass der Mäklervertrag auf Grund einer entsprechenden Parteiabrede sich doch im Einzelfalle als Dienst-, Werkvertrag oder überhaupt als ein zweiseitiger Vertrag darstellen kann. Das Handelsgesetzbuch selbst steht zwar auf dem Standpunkte, dass der Handelsmäklervertrag ein zweiseitiger Vertrag sei; denn es legt auch dem Handelsmäkler Verpflichtungen auf. Es sagt aber nicht, dass der Handelsmäkler vermitteln müsse, sondern nur, dass, wenn er vermittele, er bestimmte Verpflichtungen habe. Es lässt andrerseits auch zu, dass der Handelsmäklervertrag als Werkvertrag geschlossen werden könne (§ 95 H.G.B.).

Unter diesen Umständen liegt es nahe anzunehmen, dass auch der Mäklervertrag des Handelsmäklers mit seinem Auftraggeber zwar notwendig ein zweiseitiger Vertrag sei, aber nicht notwendig ein Dienst- oder Werkvertrag. Es sprechen auch wohl praktische Erwägungen und Erwägungen der Billigkeit gegen die Annahme, dass der Handelsmäkler zu einer vermittelnden Tätigkeit verpflichtet sei: denn regelmässig hat der Handelsmäkler nicht einen Auftrag, sondern mehrere Aufträge zur Vermittelung von Verträgen über dieselben Gegenstände des Handelsverkehrs; darunter können sich und werden sich auch vielfach solche befinden, in welchen er gemäss § 95 H.G.B. die Haftung für den Erfolg der Vermittelung übernommen

hat. Es ist ihm ja, nachdem die den Sensalen des früheren Rechtes auferlegten Beschränkungen gefallen sind, weder untersagt, Geschäfte für eigene Rechnung zu machen, noch verboten, als Kommissionär tätig zu sein oder Bürgschaften zu übernehmen. Wie soll der Handelsmäkler alle diese kollidierenden Interessen vereinigen und allen Verpflichtungen gerecht werden, wenn er verpflichtet ist, zu vermitteln? Und wie und nach welchen Grundsätzen soll kontrolliert werden, ob diese Vereinigung der kollidierenden Interessen auch wirklich richtig erfolgt ist?

Es dürfte auch nach der gesetzlichen Regelung des Vertragsverhältnisses zwischen dem Handelsmäkler und seinem Auftraggeber der Billigkeit kaum entsprechen, jenem die Verpflichtung zur Vermittlertätigkeit aufzuerlegen. Der Auftraggeber ist bis zum Abschluss des Vertrages unumschränkter Herr des Geschäftes; denn er kann den Mäklervertrag jederzeit kündigen; er braucht das Ergebnis der vermittelnden Tätigkeit selbst dann nicht anzunehmen, wenn die Gegenpartei völlig bereit ist, den Vertrag unter den von ihm gewünschten Bedingungen anzunehmen, und er Einwendungen gegen dieselbe gar nicht erhebt. Dagegen wäre es Konsequenz der Auffassung des Vertrages als eines Dienstvertrages, dass der Handelsmäkler nur aus wichtigen Gründen [1]) kündigen könnte. Diese Konsequenz hat auch wirklich Goldmann [2]) gezogen, indem er ganz richtig ausführt, die Dienstleistungen des Handelsmäklers seien nicht Dienstleistungen höherer Art im Sinne von § 627 B.G.B., finde daher auf dessen Vertrag mit dem Auftraggeber keine Anwendung. Diese ungleiche Stellung des Han-

1) Goldmann S. 438.
2) Goldmann a. a. O.

delsmäklers und seines Auftraggebers bei Annahme eines Dienstvertrages sollte doch wohl in die Augen springen.

Viel billiger dürfte es erscheinen, dass ebenso, wie der Geschäftsherr nur verpflichtet ist, den Mäklerlohn zu zahlen, wenn er sich das Ergebnis der Tätigkeit des Handelsmäklers aneignet, so dieser nur verpflichtet ist, die im achten Abschnitt des I. Buches des H.G.B. näher bezeichneten Verpflichtungen zu erfüllen, wenn er und solange er überhaupt sich durch die vermittelnde Tätigkeit um die Mäklergebühr bewirbt.

Es haben sich denn auch gewichtige Stimmen gegen die Annahme erhoben, dass der Vertrag des Handelsmäklers mit seinem Auftraggeber begrifflich ein Dienstvertrag sei. So vor allen Dingen Staub [1]), dessen Kommentar die Praxis beherrscht, und zustimmend Endemann [2]). Dann aber auch Jacusiel [3]) in seiner angeführten Monographie, welche deshalb für die hier zu entscheidende Frage besonderes Gewicht hat, weil sie sich überall auf das Gutachten der Ältesten der Berliner Kaufmannschaft stützt und dieses Gutachten für die Bildung der Rechtssätze über den Handelsmäklervertrag von entscheidender Bedeutung gewesen ist.

Die Ansicht, dass der Vertrag des Handelsmäklers mit seinem Auftraggeber nur nach den Bestimmungen des B.G.B. über den Mäklervertrag zu beurteilen sei, soweit nicht das Handelsgesetzbuch abweichende Bestimmungen enthält oder die Parteien abweichende Vereinbarungen getroffen haben, dürfte daher die richtige sein. Nach den Bestimmungen des B.G.B.

1) Staub, Exkurs zu § 92 Anm. 2 u. 3 u. 28; Anm. zu § 93 Ende.
2) Endemann I, S. 95.
3) Jacusiel II, S. 11 ff.

ist aber mangels anderweitiger Vereinbarungen der Parteien der Mäklervertrag weder ein Dienstvertrag noch ein Werkvertrag, überhaupt kein Konsensualkontrakt im Sinne des gemeinen Rechtes, sondern kommt wie das Darlehn (vgl. § 607 B.G.B.) erst dadurch zu Stande, dass eine Partei — hier der Mäkler — die in dem Vorvertrag (wie ähnlich dem pactum de mutuo dando) in Aussicht genommene Leistung macht. Dies entspricht auch dem Wortlaut des § 93 H.G.B., wonach der Mäkler nicht dadurch die Rechte und Pflichten eines Handelsmäklers hat, dass er die Ausführung einer vermittelnden Tätigkeit für Verträge über Gegenstände des Handelsverkehrs gewerbsmässig „übernimmt", sondern dadurch, dass er sich der Vermittelung auch wirklich unterzieht.

Darnach unterscheidet sich der Agenturvertrag von dem handelsrechtlichen Mäklervertrag begrifflich dadurch, dass der erstere notwendig ein Dienstvertrag ist, dass der letztere hingegen ein Vertrag sui generis ist, — jedoch nach den besonderen Abmachungen der Parteien auch ein Dienstvertrag oder ein Werkvertrag sein kann. Sowohl mit dem Vertrage des Handlungsagenten wie mit dem des Handelsmäklers kann sich ein Vertretungsverhältnis verbinden[1]). Dies ist dann der Fall, wenn der Mittelsperson Abschlussvollmacht erteilt ist. Für den Handlungsagenten sagt dies § 84 ausdrücklich, für den Handelsmäkler ergibt sich dies aus § 95 H.G.B.

§ 3.

Rechte und Pflichten des Handlungsagenten und Handelsmäklers gegenüber dem Auftraggeber.

Der zu Grunde liegende Vertrag übt einen maßgebenden Einfluss auf die aus ihm entspringenden

1) Vgl. Staub, Komm., Anm. 3 zu § 93.

Rechte und Pflichten. Dementsprechend kommen die Rechte und Pflichten des Handlungsagenten, dessen Vertrag mit dem Auftraggeber viel wesentliche Merkmale mit dem eines Angestellten gemein hat, denen eines Handlungsgehilfen sehr nahe.

Bei dem Vertrage des Handelsmäklers mit seinem Auftraggeber beschränkt einerseits der Umstand, dass es sich immer nur um ein einzelnes Geschäft handelt, welches beide Parteien jederzeit aufheben können, das Maß der Rechte und Pflichten, wie bei jedem Gelegenheitsgeschäft von kurzer Dauer — auf einen geringen Umfang, — und andrerseits sind infolge der geschichtlichen Entwickelung des Institutes des Handelsmäklers diesem eigenartige Pflichten auferlegt und eigenartige Rechte gegeben.

a) Die Pflichten des Handlungsagenten, resp. des Handelsmäklers.

Nach § 84 H.G.B. ist der Handlungsagent ständig damit betraut, für seinen Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln, kann aber auch damit betraut sein, solche Geschäfte in dessen Namen abzuschliessen, — und hat bei seinen Verrichtungen das Interesse des Geschäftsherrn mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrzunehmen. Die im Abs. 2 dieses Paragraphen besonders hervorgehobenen Pflichten (die unverzügliche Anzeigepflicht etc.) ergeben sich schon daraus, dass der Agenturvertrag ein Dienstvertrag ist, welcher eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat. Daneben sind in den folgenden Paragraphen einzelne Pflichten hervorgehoben, welche der Handlungsagent teils stets hat, teils haben kann.

Der achte Abschnitt des H.G.B. enthält für die allgemeinen Pflichten des Handelsmäklers nur den einen Satz, dass derselbe jeder der beiden Parteien für den durch sein Verschulden entstandenen Schaden haftet.

Entsprechend der gesetzlichen und gewohnheitsrechtlichen Regelung des Verhältnisses des Handlungsagenten einerseits, des Handelsmäklers andrerseits, erstreckt sich die Verpflichtung des ersteren darauf, das Interesse des Geschäftsherrn bezüglich seines ganzen Geschäftsbetriebes wahrzunehmen[1]), — während sich die Verpflichtung des letzteren zur Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (§ 347 H.G.B.) stets nur auf das einzelne Geschäft bezieht, dessen Vermittelung er sich gerade unterzogen hat.

Der Handlungsagent ist seinem Auftraggeber zur Treue und Verschwiegenheit verpflichtet. Er hat überall da, wo sein Interesse mit dem des Geschäftsherrn kollidiert, dasjenige des letzteren vorzuziehen. Er hat sich zu bemühen[2]), dass er Aufträge für sein Haus erhält und, soweit er Abschlussvollmacht hat, Abschlüsse erzielt. Er hat in dringenden Fällen einzugreifen, wenn dem Auftraggeber Verluste drohen. Er hat alles, was er über die Kundschaft erfährt, soweit es für den Auftraggeber wichtig ist zu erfahren, diesem mitzuteilen. Er hat Mängelrügen, Zurdispositionstellungen und ähnliche Erklärungen solcher Art wie Friststellungen, Wahlausübungen etc. und zwar, wenn er Platzagent ist, stets, wenn er reisender Agent ist, im Fall seiner Anwesenheit entgegenzunehmen und nach der Entgegennahme ohne schuldhaftes Zögern seinem Handlungshause mitzuteilen (§ 86 H.G.B.). Er hat sich des Betriebes von Konkurrenzgeschäften und der Übernahme einer Agentur für solche Handlungshäuser, die Konkurrenten seines Auftraggebers sind, zu enthalten[3]), soweit ihm nicht nach Handelsbrauch oder durch stillschweigende Ge-

1) Vgl. Staub Anm. 4 zu § 84; Denkschrift S. 67; Gareis I, S. 623.

2) Vgl. Staub Anm. 14 zu § 84; Anm. 20 zu § 84; Denkschrift S. 69; Goldmann S. 402/403.

3) Staub Anm. 20 zu § 84; Düringer-Hachenburg I, S. 258.

nehmigung seines Auftraggebers ein Anderes gestattet ist. Er ist seinem Auftraggeber zur Auskunftserteilung über alle seinen Geschäftskreis berührenden Angelegenheiten, und zur Rechenschaftslegung, soweit es die Sachlage ausser der regelmässigen Überschreibung von Ordres erfordert, verpflichtet. Er hat seine Dienste persönlich zu leisten, soweit nicht ein Anderes vereinbart oder handelsgebräuchlich ist. Nimmt er einen Mäkler an, so hat er seinerseits ihn zu entlohnen; er haftet bezüglich dieses zugezogenen Mäklers für culpa in eligendo und somit für dessen etwaige schadenbringende Tätigkeit; ausserdem haftet er, auch ohne dass ihn eine culpa in eligendo trifft, für jedes Verschulden des Mäklers als eines Erfüllungsgehilfen gemäss § 278 B.G.B. Er darf das Vertragsverhältnis nicht ohne wichtigen Grund vor Ablauf der vereinbarten Zeit lösen, und muss, wenn das Vertragsverhältnis auf unbestimmte Zeit eingegangen ist, dasselbe 6 Wochen vor der beabsichtigten Auflösung, und zwar zum Schlusse eines Kalendervierteljahrs, falls nicht etwas abweichendes vereinbart ist, kündigen. Als solch ein wichtiger Grund ist nicht anzusehen, wenn die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses seinen Interessen widerspricht, z. B. wenn er nicht genug verdient oder seinen Gewerbebetrieb überhaupt aufgeben will[1]). Verletzt er diese Pflichten, so kann der Prinzipal nicht nur Schadensersatz verlangen, sondern auch auf Erfüllung klagen. Die etwaige Zwangsvollstreckung würde sich gemäss den §§ 887, 890 C.P.O. gestalten[2]), indem dem Handlungsagenten z. B. die Vornahme von konkurrierenden Geschäften bei Strafe verboten wird; und falls er seine Dienste verweigert, der Prinzipal zur

1) Staub Anm. 6 zu § 92.
2) Staub Anm. 2 zu § 92.

Annahme eines Ersatzagenten auf seine Kosten ermächtigt wird.

Von allen diesen Pflichten hat der Handelsmäkler auf Grund seines Mäklervertrages keine, keine allgemeine Pflicht zur Treue und Verschwiegenheit, keine Pflicht im Allgemeinen, das Interesse seines Auftraggebers wahrzunehmen, keine allgemeine Rechenschaftspflicht, falls nicht etwa ein Dienst- oder ein Werkvertrag vorliegt, kein Kündigungsrecht[1]).

Der unterschiedliche Charakter des ganzen Verhältnisses zeigt sich auch in den Verpflichtungen hinsichtlich des einzelnen Geschäftes, welches Gegenstand der Tätigkeit einerseits des Handlungsagenten, des Handelsmäklers andrerseits ist. Denn der Handlungsagent hat auch für jedes einzelne Geschäft zu prüfen, ob es im Interesse seines Auftraggebers ist. Dem Handlungshause ist keineswegs bloss damit gedient, dass ihm immer nur Offerten überschrieben werden; der Handlungsagent hat vielmehr auch sorgfältig und gewissenhaft die Solvenz und die Kreditwürdigkeit des Gegenkontrahenten, die Güte etwa offerierter Ware zu prüfen[2]); er hat auch Umstände, welche nach dem Abschlusse des Geschäfts zu seiner Kenntnis gelangen und den Auftraggeber möglicherweise bestimmen könnten, das Geschäft nicht oder nur unter bestimmten Vorsichtsmaßregeln auszuführen, diesem mitzuteilen. Er hat bei der Vermittelung selbst darauf zu sehen, dass er möglichst günstige Bedingungen für seinen Auftraggeber erziele; hat er Abschlussvollmacht, so hat er erforderlichenfalls für den Beweis des Abschlusses zu sorgen. Er hat seinem Geschäftsherrn ohne schuldhaftes Zögern die erforderlichen Nach-

1) Staub, Exkurs zu § 92 Anm. 30; Düringer-Hachenburg I, S. 284; Staub Anm. 13 und 17 in Exkurs zu § 92.

2) Staub Anm. 14 und 21 zu § 84; ferner Goldmann I, S. 403.

richten auch unaufgefordert zu geben kraft positiver Gesetzesbestimmung — soweit er Abschlussvollmacht hat, insbesondre jeden Abschluss unverzüglich, wenn nötig telephonisch oder telegraphisch, anzuzeigen.

Der Handelsmäkler dagegen ist weder zu einer Prüfung dahin verpflichtet, ob das Geschäft, dessen Vermittelung er sich unterzieht, im Interesse seines Auftraggebers liegt, noch hat er die Zahlungsfähigkeit des Gegenkontrahenten und die Güte der etwa eingekauften Waren zu prüfen [1]). Er darf nur nicht gegen Treu und Glauben und gegen die ihm obliegende Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verstossen, indem er wissentlich solche Umstände verschweigt, deren Kenntnis, wie ihm bewusst war, den Auftraggeber vom Geschäftsabschluss abgehalten haben würde, — und darf nicht vorsätzlich oder fahrlässig unrichtige Versicherungen über die Kreditwürdigkeit des anderen Teils oder die Güte des Gegenstandes des Geschäfts abgeben. Wenn er sich der Vermittelung unterzieht, so hat er die gegenseitigen Erklärungen getreu zu übermitteln. Dagegen kann er, soweit nicht ein Dienst- oder Werkvertrag vorliegt, die Vermittelung jederzeit liegen lassen; jedoch wird, nachdem er sich einmal der Vermittelung unterzogen hat, die von ihm zu prästierende Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns in der Regel erfordern, dass er dem Auftraggeber Mitteilung bezüglich des Erfolges macht. Soweit nicht ein Dienstvertrag vorliegt, darf sich der Handelsmäkler eines Zwischenmäklers bedienen; tut er dies, so haftet er [2]) für ihn gemäss § 278 B.G.B. Kraft positiver gesetzlicher Bestimmung hat er, sofern nicht beide Parteien ihm

---

1) Staub Anm. 28 in Exkurs zu § 92; Goldschmidt I, S. 111; Dernburg, preuss. Privatrecht 2, § 190.

1) Staub Anm. 26 zu Exkurs zu § 92.

dies erlassen, oder der Ortsgebrauch ihn mit Rücksicht auf die Gattung der Ware entbindet, jeder Partei eine von ihm unterzeichnete Schlussnote zuzustellen[1]), welche die in § 94 H.G.B. näher bezeichneten Angaben enthält, und zwar unverzüglich nach Abschluss des Geschäfts; — und bei solchen Geschäften, die nicht sofort erfüllt werden sollen, hat er den Parteien die Schlussnote zu ihrer Unterschrift zuzustellen und jeder Partei die von der anderen unterschriebene Schlussnote zu übermitteln; endlich hat er, wenn eine Partei die Annahme oder Unterschrift der Schlussnote verweigert, hiervon der anderen Partei unverzüglich Nachricht zugehen zu lassen (§ 94 H.G.B.). Gerade bei der Erfüllung dieser ihm kraft positiver Gesetzesvorschrift obliegenden Verpflichtung wird zumeist die Verpflichtung des Handelsmäklers zur kaufmännischen Sorgfalt wirksam: er haftet daher dem Auftraggeber, wenn er ihm oder der anderen Partei ungleiche oder nicht genaue Schlussnoten zustellt, — wenn er die Zustellung unterlässt oder doch verspätet, und dadurch dem Auftraggeber zu der Meinung, dass der Vertrag nicht zu Stande gekommen sei, und somit zu einem anderweiten Abschluss veranlasst, — oder die Schlussnote verfrüht zustellt und dadurch den Auftraggeber von einem anderweiten Vertragsabschluss abhält.

Praktisch werden diese Fälle meist nur dann, wenn der Mäkler Abschlussvollmacht hat oder mit einem anderen Mäkler, welcher Abschlussvollmacht hat, verhandelt. Die Bestimmungen über die Schlussnoten sind aus der historischen Entwickelung des Instituts des Handelsmäklers entsprungen. Dagegen bezeichnet eine andere positive Bestimmung des Gesetzes, durch welche dem Handelsmäkler eine besondere Verpflichtung auf-

1) Staub Anm. 2 zu § 94.

erlegt wird, den entschiedensten Bruch mit der historischen Entwickelung; es ist dies die Bestimmung des § 95[1]), gemäss welcher der Handelsmäkler, wenn sein Auftraggeber eine Schlussnote unter Vorbehalt der Aufgabe der anderen Partei angenommen hat, auf Verlangen des Auftraggebers das Geschäft zu erfüllen hat. In einem solchen Falle liegt ein Werkvertrag vor: der Mäkler hat Abschlussvollmacht, regelmässig auch das Recht des Selbsteintritts, kraft besonderer Vereinbarung[2]). Der Auftraggeber hat regelmässig kein Interesse daran, dem solventen Handelsmäkler das Recht des Selbsteintritts zu verwehren. Andernfalls könnte der solvente Handelsmäkler den Selbsteintritt leicht erzwingen, indem er eine dritte vorgeschobene Person aufgibt und sich für diese, wenn sie nicht selbst solvent ist, verbürgt. Ferner hat der Handelsmäkler kraft positiver Gesetzesvorschrift die Verpflichtung, dem Auftraggeber auf Verlangen einen von ihm unterzeichneten vollständigen Auszug über das von ihm vermittelte Geschäft zu erteilen. Endlich ist er auch verpflichtet, soweit ihm nicht beide Parteien dies erlassen oder der Ortsgebrauch ihn mit Rücksicht auf die Gattung der Ware davon entbindet, eine ihm übergebene Probe bis zur vollständigen Erledigung des Geschäfts, nachdem er sie als solche kenntlich gemacht hat, aufzubewahren[3]). Die Verpflichtung zur Erteilung von Schlussnoten und zur Erteilung von Auszügen aus einem zu führenden Tagebuche haben solche Handelsmäkler nicht, welche die Vermittelung von Warengeschäften im Kleinverkehr besorgen (sog. Krämermäkler), mögen sie auch als Handelsmäkler Grossmäkler sein (§ 104 H.G.B.).

---

1) Staub Anm. 5 zu § 95.
2) Staub Anm. 1 zu § 95.
3) § 96 H.G.B.

Aus dieser Übersicht über die Pflichten des Handlungsagenten und Handelsmäklers ihrem Auftraggeber gegenüber ergibt sich, dass der Unterschied in den Pflichten beider zum Teil auf dem dauernden Vertrauensverhältnis des ersteren, dem Mangel eines solchen bei dem letzteren, zum Teil auf der Natur einerseits des Agenturvertrages als eines Dienstvertrages, andrerseits des Mäklervertrages als einer Art Realvertrages, — zum Teil endlich auf der verschiedenen historischen Entwickelung beider Institute und zwar insbesondere auf der eigentümlichen historischen Entwickelung der Handelsmäkler aus beamteten Urkundspersonen zu gewöhnlichen Gewerbetreibenden beruht.

b) Rechte des Handlungsagenten resp. des Handelsmäklers gegenüber ihrem Auftraggeber.

Auch bei den Rechten dieser Vermittler übt der Charakter auf der einen Seite des Agenturvertrages als eines Vertrages, welcher ein dauerndes Dienst- und Arbeitsverhältnis begründet, — auf der anderen Seite der des Mäklervertrages, welcher ja nur eine vorübergehende, beiden Teilen die grösste Freiheit belassende, Gelegenheitsbeziehung für den einzelnen Fall zum Gegenstande hat, einen entscheidenden Einfluss aus.

Der Handlungsagent hat des Recht, dass der Prinzipal auch ihm dauernde Treue beweist, wie sich aus Folgendem ergibt. Der Geschäftsherr macht sich schadensersatzpflichtig und berechtigt den Handlungsagenten zu sofortiger Aufhebung des Verhältnisses, wenn er sich ihm gegenüber unreell zeigt [1]), z. B. ihm unrichtige Angaben über geschäftliche Verhältnisse macht, die seinen Weisungen entsprechenden Handlungen und Erklärungen des Agenten nicht gelten lässt, — oder die ihm von dem Agenten zugeführten Kunden dauernd

1) Staub Anm. 6 zu § 92.

unreell bedient und dadurch den geschäftlichen Ruf des Handlungsagenten, der je nach dem seines Geschäftsherrn beurteilt zu werden pflegt, empfindlich schädigen kann. Er darf dem Agenten nicht sein Arbeitsfeld dadurch ungebührlich einschränken, dass er eine dem Sinn und Geiste des geschlossenen Vertrages widersprechende eigene Tätigkeit entfaltet, oder dass er andere, z. B. reisende Handlungsagenten noch entsendet, insbesondere wenn er in beiden letzteren Fällen Angebote unter günstigeren Bedingungen stellt resp. stellen lässt, als er dem betreffenden Agenten selbst bewilligt hatte. Ist dem Agenten ein bestimmter Bezirk als sein alleiniges Arbeitsfeld zugewiesen [1]) (sog. Bezirksagent vgl. § 89 H.G.B.), so haftet der Geschäftsherr bei grundlosem Abbruch der geschäftlichen Beziehungen in diesem Bezirke vor Ablauf des Agenturvertrages dem Handlungsagenten auf Schadensersatz. Der Handlungsagent kann die Mitteilung eines Buchauszuges über diejenigen Geschäfte fordern, von welchen ihm nach den §§ 88, 89 H.G.B. Provision gebührt. Er hat ein Recht darauf, dass das Agenturverhältnis nicht ohne wichtigen Grund vor Ablauf der vereinbarten Dauer oder mangels einer solchen Vereinbarung vor Ablauf der vertragsmässigen oder gesetzlichen Kündigungsfrist aufgelöst wird.

Alle diese mehr allgemeinen Rechte, welche in dem dauernden Dienstverhältnis des Handlungsagenten ihre Begründung finden, fallen naturgemäss bei dem Handelsmäkler weg.

Dagegen sind hinsichtlich des einzelnen vermittelten Geschäfts in dem Normalfalle die Rechte des Handelsmäklers durchweg weitergehend. Ausser Betracht bleiben bei der Feststellung die Unterschiede

---

1) Vgl. Staub Anm. 5 zu § 89.

der Rechte bezüglich des einzelnen Geschäftes einerseits die Fälle, in welchen ein Anderes vereinbart ist, als der Normalfall ergibt, andererseits die Fälle der Abschlussvollmacht, — letztere deshalb, weil in solchen Fällen die auf der Abschlussvollmacht ruhenden Rechte die gleichen sein dürften. Es kommt hier vornehmlich die Frage der Vergütung in Betracht. Bei dem Handlungsagenten ist es begrifflich nicht notwendig, dass die Vergütung für das einzelne Geschäft gewährt wird[1]). Die Vergütung für seine Tätigkeit kann auch in der Form eines festen Gehaltes gewährt werden, — obgleich in solchen Fällen die Vermutung nicht fern liegt, dass der betreffende Vermittler nicht selbständiger Handlungsagent, sondern ein unselbständiger Handlungsgehilfe ist. Nicht selten wird dem Handlungsagenten die Vergütung in Gestalt einer Beteiligung am Reingewinn gewährt (Tantieme)[2]) oder ihm sogar ein Mindesteinkommen gewährleistet. Aber auch in dem Normalfall, in welchem dem Agenten eine Provision, regelmässig in Prozenten des Nettokaufpreises für das einzelne Geschäft zugesichert ist, stellen sich die Provisionen nicht nur als Vergütung für das einzelne Geschäft, sondern auch als Lohn für seine gesamte Tätigkeit dar. Dies zeigt sich praktisch darin, dass ihm der Provisionsanspruch für die von ihm vermittelten Geschäfte auch dann zusteht, wenn sie erst nach Auflösung des Agenturverhältnisses ausgeführt werden; dies gilt in gewissen Branchen[3]) sogar für die von ihm vermittelten, aber erst nach Auflösung des Agenturvertrages abgeschlossenen Geschäfte.

---

1) Staub, Einleitung zu § 88; Anm. 5 zu § 84; Jacusiel I, S. 20.
2) Düringer-Hachenburg I, S. 257.
3) Jacusiel I, S. 29.

Umgekehrt ist beim reinen Mäklervertrag, also wenn derselbe eine Art von Realvertrag geblieben ist und nicht das Gewand eines Dienstvertrages angenommen hat, begrifflich nur eine Vergütung für das einzelne vermittelte Geschäft denkbar. Diese braucht aber allerdings nicht notwendig [1]) in einer in Prozenten ausgedrückten Provision zu bestehen; sie kann auch hier in Form einer Beteiligung am Reingewinn gewährt werden.

Der Normalfall ist aber sowohl bei dem Handlungsagenten als auch bei dem Handelsmäkler der, dass ihnen eine für den Einzelfall und regelmässig in Prozenten des Preises oder des Wertes des Gegenstandes des vermittelten Vertrages ausgedrückte Vergütung zugesichert wird. In diesem Falle steht dem Handlungsagenten die Provision nur dann zu, wenn das Geschäft, für dessen Abschluss er bemüht war, nicht nur zu Stande gekommen ist, sondern auch ausgeführt, insbesondere bei Verkaufsgeschäften auch die Zahlung erfolgt ist. Hingegen genügt es für den Provisionsanspruch des Handelsmäklers, dass das Geschäft rechtsgültig und unbedingt zu Stande gekommen ist. Andrerseits steht dem Handlungsagenten auch dann eine verhältnismässige Provision zu, wenn das Geschäft nur teilweise zu Stande gekommen ist [2]), — dem Handelsmäkler aber nicht. Denn ein nur teilweise zu Stande gekommenes Geschäft ist nicht das Geschäft, für welches dem Handelsmäkler Provision versprochen war. Es liegt dann vielmehr ein anderes neues Geschäft vor und es bedarf daher auch der Annahme seiner Dienste auch für dies neue Geschäft [3]) und damit des Abschlusses eines neuen

1) Crome S. 418.
2) Staub Anm. 2 zu § 88; Denkschrift S. 71.
3) Staub Anm. 25 zu § 92 Exkurs.

Mäklervertrages, um seinen Provisionsanspruch auch hierfür zu begründen. Handelt es sich um einen Realvertrag z. B. bei dem Agenten einer Immobilienbankaktiengesellschaft um Gewährung von Darlehn auf Grundstücke oder bei dem Handelsmäkler um Lombardierung von Wertpapieren, so ist der Auftraggeber dem Handlungsagenten gegenüber verpflichtet, den abgeschlossenen Vorvertrag zu erfüllen, wenn nicht etwa wichtige Gründe in der Person der anderen Partei ihn berechtigen, die Erfüllung abzulehnen[1]), — dagegen bleibt dem Handelsmäkler gegenüber, welchem die Provision für Beschaffung eines Darlehns zugesichert war, der Auftraggeber Herr des Geschäftes und kann die Erfüllung eines durch die Tätigkeit des Mäklers zu Stande gekommenen pactum de mutuo dando willkürlich ablehnen, ohne dadurch dem Handelsmäkler gegenüber provisions- oder schadensersatzpflichtig zu werden.

Sowohl der Handlungsagent wie der Handelsmäkler haben einen Anspruch auf Ersatz gewöhnlicher Auslagen nicht. Bei dem Handlungsagenten[2]) ist dieser in § 90 H.G.B. ausgesprochene Rechtssatz eine Folge davon, dass er selbständiger Kaufmann und nicht Angestellter ist, und dass er vor allem seine Dienste mehreren Auftraggebern zugleich widmen darf und auch regelmässig widmet, — und es praktisch schwer durchführbar wäre, die im regelmässigen Geschäftsbetrieb entstandenen Kosten und Auslagen auf die verschiedenen Auftraggeber zu verteilen[3]). Bei dem Handelsmäkler ist derselbe in § 652 Abs. 2 B.G.B.

---

1) Vgl. Entsch. R.Ger. vom 18./2. 1897 (Bd. 39, S. 23); Staub Anm. 19 zu Exkurs § 92.

2) Vgl. Staub Anm. 1 zu § 90.

3) Staub Anm. 15 zu Exkurs zu § 92; Düringer-Hachenburg I, S. 305.

ausgesprochene Satz eine Folge der eigentümlichen Natur dieses Vertrages, bei welchem das Risiko ersatzpflichtiger Aufwendungen auf der einen, die Möglichkeit eines mühelosen Gewinnes auf der anderen Seite gegenüber steht.

Die weitere Folge dieser eigentümlichen Natur des Mäklervertrages ist die, dass der Handelsmäkler auch für aussergewöhnliche Aufwendungen Ersatz nicht verlangen kann. Andrerseits hat der Handlungsagent, gerade weil seine Provisionen die Vergütung für seine im Vertrage vorausgesetzten Dienste bilden, falls er durch eben dieses Dienstverhältnis verpflichtet wird, ausserhalb seines gewöhnlichen Geschäftsbetriebes im Interesse des Prinzipals auch mit ungewöhnlichen Maßregeln einzugreifen, — einen Anspruch auf Ersatz solcher aussergewöhnlicher, durch die Provision nicht gedeckter Auslagen (§ 90 H.G.B. und § 683 B.G.B.). Besondere Fälle dieser Art sind: das Anrufen gerichtlicher Hilfe durch Arrestantrag im Falle drohender Beiseiteschaffung von Vermögensstücken seitens eines Schuldners des Geschäftsherrn, — ferner aussergewöhnliche Anstalten des Versicherungsagenten zur Rettung versicherter Gegenstände.

Dem dauernden Verhältnis auf der einen Seite, der Gelegenheitsbeziehung auf der anderen Seite entspricht es [1]), dass die Provision des Handlungsagenten am Schlusse ganz bestimmter Zeitabschnitte, im Zweifel am Schlusse eines jeden Kalenderhalbjahres (§ 88 Abs. 4 H.G.B.) fällig wird; — hingegen die Provision des Handelsmäklers wird sofort mit dem rechtsgültigen und unbedingten Abschluss des Geschäfts fällig, und der Auftraggeber hat, wenn infolge einer Resolutivbedingung,

---

1) Staub Anm. 9 zu § 88; anders Makower S. 149; Cosack S. 241.

eines Rücktrittsrechtes oder einer Anfechtung der vermittelte Vertrag wieder aufgehoben wird, dann nur einen Anspruch auf Rückzahlung [1]).

Eine positive, aus der historischen Entwickelung zu erklärende Gesetzesbestimmung ist es, dass der Handelsmäkler mangels anderweitiger Vereinbarung oder eines abweichenden Ortsgebrauches die Provision von seinem Auftraggeber nur zur Hälfte fordern kann.

§ 4.

Pflichten und Rechte des Handlungsagenten, resp. Handelsmäklers gegenüber der anderen Partei.

Der Handlungsagent hat besondere kontraktliche Pflichten gegenüber der anderen Partei überhaupt nicht [2]). Er haftet ihr nur gemäss § 179 B.G.B. als Pseudovertreter und nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen. Besondere Rechte hat er ihr gegenüber ebenfalls nicht; diese haftet ihm nur gemäss § 823 ff. B.G.B. für unerlaubte Handlungen wie jeder Fremde.

Zu diesen allgemeinen Rechten und Pflichten kommt bei dem Handelsmäkler kraft positiver gesetzlicher Vorschrift noch hinzu eine vertragliche Haftung auch gegenüber der anderen Partei gemäss § 98 H.G.B. Die Bedeutung dieser Haftung ist aber nur eine geringe: zunächst ist sie begrifflich gar nicht notwendig. Sodann hat sie praktisch mehr die Bedeutung einer historischen Reminiszenz als die eines tiefgreifenden Rechtssatzes.

---

1) Staub Anm. 22 zu Exkurs zu § 92; Planck Anm. 2 zu § 652 B.G.B. Anders Cosack, B.G.B. I, § 152 Bemerkg. 3; Düringer-Hachenburg I, S. 303.

2) Staub Anm. 3 zu § 85; Anm. 25 zu § 84.

Dass die durch ein Vertragsverhältnis auch zu der anderen Partei gegebene objektive Stellung des Handelsmäklers begrifflich nicht notwendig ist[1]), ergibt sich einerseits daraus, dass § 93 H.G.B. nichts davon enthält, andrerseits daraus insbesondere, dass im Falle des § 95 H.G.B. ein Werkvertrag vorliegt und in einem solchen Falle eine objektive und unparteiische Stellung nicht anzunehmen ist[2]). Nur soviel ist allerdings zuzugeben, dass eine solche objektive Stellung diejenige ist, welche sich der Gesetzgeber vorgestellt hat und welche kraft dispositiven Rechtes eintritt, wenn die Parteien nicht erkennbar ein Anderes gewollt haben. Selbst die eifrigsten Verfechter der begrifflichen Notwendigkeit der Stellung des Handelsmäklers als einer objektiven müssen zugeben, dass die Parteien ein Anderes vereinbaren können. Eine solche Stellung konnte nur gesichert werden durch die zahlreichen Beschränkungen, welchen früher die amtlich bestellten Mäkler unterlagen, — durch das Verbot des Eigen- und Kommissionshandels, durch das Verbot der Bürgschaftsleistung und des Selbsteintritts, der Vereinigung mehrerer Mäkler zum gemeinsamen Betrieb des Mäklergewerbes etc. Aber gerade weil der Mäkler den Bedürfnissen des Verkehrs nicht mehr genügen konnte, wenn er diese Beschränkungen einhält, sind sie ja beseitigt worden.

Es lässt sich auch nicht aus dem Begriffe des Mäklers, wie er im H.G.B. definiert ist, ableiten, dass der Handelsmäkler unter allen Umständen unparteiisch sein solle, insbesondere in solchen Fällen, wo er das grösste Interesse an dem Abschlusse eines Geschäftes

1) Staub Anm. 2. zu § 98 und Anm. 4; Düringer-Hachenburg I, S. 301.

2) Staub Anm. 6 zu § 93; Anm. 3 in Exkurs zu § 92; a. A. Düringer-Hachenburg I, S. 287.

zu bestimmten Bedingungen hat. Dies ist aber überall da der Fall, wo er nach § 95 H.G.B. kontrahiert hat, oder wo er den Selbsteintritt ausdrücklich sich vorbehalten hat oder wo er sich für eine Partei verbürgt hat[1]).

Die vom Gesetzgeber als normal vorgestellte Stellung ist daher auch keineswegs die im Verkehr regelmässige. Nur bei solchen Handelsmäklern wird dies meistens zutreffen, welche — sei es in ihrer Geschäftsstube, sei es auf Märkten und Börsen — sich darauf beschränken, Offerten entgegenzunehmen und die Kontrahenten zusammenzuführen, deren Offerten zu einander passen.

Die Haftung des Mäklers dem anderen Kontrahenten gegenüber beschränkt sich in dem vom Gesetzgeber vorgestellten Normalfalle in der Hauptsache auf die richtige Übermittelung der beiderseitigen Erklärungen, richtige und rechtzeitige Ausstellung der Schlussnoten, sachgemässe Aufbewahrung von Proben bei Käufen und Verkäufen auf Probe, und auf die Erteilung von Auszügen aus dem Tagebuch, also meist nur auf diejenigen Verpflichtungen, die dem Handelsmäkler kraft positiver spezieller Bestimmung obliegen[2]).

Dem als Normalfall vorgestellten Verhältnis entsprechend, hat der Handelsmäkler einen Anspruch auf die Hälfte seiner Provision auch der anderen Partei gegenüber.

§ 5.

Haftung des Auftraggebers für Erklärungen und Handlungen des Handlungsagenten resp. des Handelsmäklers.

Sind die Pflichten und Rechte des Handelsmäklers gegenüber dem anderen Kontrahenten kraft positiver

1) Staub Anm. 2 zu Exkurs zu § 92.

2) Staub Anm. 3 zu § 93; vgl. Jacusiel II, S. 8 ff.

gesetzlicher Vorschrift grösser, wie die des Handlungsagenten, so haftet umgekehrt der Auftraggeber des Handlungsagenten in viel ausgedehnterem Maße für die Tätigkeit seines Beauftragten, wie der Auftraggeber des Handelsmäklers.

Diese ausgedehntere Haftung hat ihren Grund darin, dass der Handlungsagent, auch wenn er nicht Abschlussvollmacht hat, in ausgedehnterem Maße als Vertreter des Geschäftsherrn gilt als der Handelsmäkler.

Dem Handlungsagenten ist in allen Fällen die Stellung einer Vertrauens- und Mittelsperson zwischen dem Geschäftsherrn und seinen Kunden übertragen. Der Geschäftsherr muss daher[1]) die von demselben abgegebenen Erkärungen und die von demselben vorgenommenen Handlungen insoweit gegen sich gelten lassen, als sie der regelmässigen Gestaltung dieser Stellung entsprechen. Er muss die Geschäftsbedingungen, welche der Handlungsagent mit den Kunden besprochen hat, gegen sich gelten lassen. Denn der Agent ist dazu da, um fortgesetzt den Verkehr mit den Kunden zu pflegen, mit ihnen als Vertreter zu verhandeln und ihre Offerten entgegenzunehmen. Dementsprechend haften die Versicherungsgesellschaften für die Auslegung, welche ihre Agenten den Versicherungsbedingungen den Kunden gegenüber geben, ferner können sie keine Einreden daraus herleiten, dass der Agent Fragen, deren Beantwortung ihm der Versicherungsnehmer im Vertrauen auf seine mehr oder weniger grössere Sachkenntnis überlassen hat, unrichtig beantwortet hat, vgl. Entsch. des R.Ger. vom 30./3. 1900 in Bd. 46 S. 184 und die daselbst angeführten weiteren Entscheidungen. Der Geschäftsherr des Verkaufsagenten haftet sogar,

1) Staub Anm. 5 zu Exkurs zu § 85.

wenn ihm der blosse Vermittelungsagent einen Auftrag deshalb unrichtig überschrieben hat, weil der Sprachgebrauch am Orte des Vertragsschlusses ein anderer ist als am Orte der Handelsniederlassung des Prinzipals; vgl. Entsch. des R.Ger. vom 3./4. 1902 in Bd. 51 S. 147 ff.

Das Handelsgesetzbuch verpflichtet in § 85 H.G.B. den Geschäftsherrn ganz ausdrücklich zur unverzüglichen Ablehnung eines Geschäftes, welches der Handlungsagent ohne Abschlussvollmacht in Überschreitung seiner Befugnisse abgeschlossen und dies dem Geschäftsherrn mitgeteilt hat, — mit dem Präjudiz, dass bei Unterlassung oder Verzögerung der Ablehnung das Geschäft als genehmigt gelte. Das Verkehrsbedürfnis verlangt eine ausgedehntere Anwendung dieser Vorschrift; dem Bedürfnisse ist dann auch der Handelsbrauch gefolgt. Die Denkschrift zu dem Entwurfe des neuen Handelsgesetzbuches sagt: „Sie, d. h. die Handlungsagenten haben meist nur den Auftrag, die erlangten Bestellungen dem Geschäftsherrn zu übermitteln; ein bindendes Geschäft kommt für diesen erst durch Genehmigung der überschriebenen Ordre zu stande.“ Dazu bemerkt Staub[1]) Anm. 4 zu § 85 (vgl. auch Anm. 5): „In der Regel wird die Genehmigung stillschweigend vorbehalten. Auch in diesen Fällen, wo der Handlungsagent nicht definitiv abschliesst, sondern nur in der Weise, dass er eine bindende Offerte des Dritten annimmt, soll § 85 gelten. Der Verkehr nimmt an, dass der Geschäftsherr acceptiert habe, wenn er nicht alsbald nach Empfang der Anzeige ablehnt.“ Staub folgert dies daraus, dass der Handlungsagent Vertreter des Geschäftsherrn in der Entgegennahme der Offerte ist.

---

1) Staub Anm. 4 zu § 85.

Hat der Handlungsagent Abschlussvollmacht, — eine solche wird bei den reisenden Agenten vermutet (cf. § 87, 55), so erstreckt sich seine Vollmacht auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, zu welchen die reisenden Handlungsagenten nach der Verkehrsauffassung als ermächtigt gelten und alle seine innerhalb dieses Geschäftskreises von ihm abgegebenen oder ihm gegenüber abgegebenen Erklärungen gelten als Erklärungen des Geschäftsherrn, resp. als diesem gegenüber unmittelbar abgegeben, — und die von ihm vorgenommenen Handlungen gelten als von dem Prinzipal vorgenommen. Demgemäss gilt der reisende Agent für befugt zur Annahme von Zahlungen bezüglich von ihm abgeschlossener Geschäfte und zur Bewilligung von Zahlungsfristen für eben solche Geschäfte, ferner zur persönlichen Entgegennahme von Mängelrügen, Zurverfügungstellungen (nicht aber zur Genehmigung von solchen) und von ähnlichen Erklärungen, wie Friststellungen, Wahlrechtsausübungen etc. Umgekehrt gilt der Platzagent nicht als zur Annahme von Zahlungen und zur nachträglichen Prüfung von Zahlungsfristen auch bezüglich von ihm selbst abgeschlossener Geschäfte befugt, wohl aber befugt zur Entgegennahme jener Erklärungen auch dann, wenn er nicht anwesend ist[1]). Wird die Weitergabe der entgegengenommenen Erklärungen seitens des Handlungsagenten unterlassen oder verzögert, so wird dadurch ihre Wirkung gegenüber dem Geschäftsherrn nicht beeinträchtigt. Eine erheblich erweiterte Haftung des Geschäftsherrn für Erklärungen und Handlungen des Handlungsagenten kann dadurch eintreten[2]), dass er sich mit Wissen und unter Duldung seitens des

1) cf. § 86 H.G.B.
2) Staub Anm. 3 zu § 86.

Geschäftsherrn so geriert hat, als habe er eine weitergehende Vollmacht, als sei er z. B. Inkassomandatar für alle Geschäfte, oder zur Annahme von Dispositionsstellungen befugt.

Ganz anders gestaltet sich die Haftung des Geschäftsherrn für die Tätigkeit des Vermittlers beim Mäklervertrag, auch für die des Handelsmäklers. Soweit der letztere Abschlussvollmacht nicht hat, haftet er für dessen Tätigkeit aus dem Vertrage überhaupt nicht; denn er bedient sich desselben nicht zur Erfüllung einer Verbindlichkeit. Eine culpa in contrahendo, welche seitens des Handelsmäklers vorliegen kann, insofern er z. B. bei der Vermittelung der anderen Partei gegenüber falsche Tatsachen vorspiegelt, ist stets ausserkontraktliches Verschulden und nach den Vorschriften des 25. Titels 7. Abschnitt des 2. Buches des B.G.B. zu beurteilen. Er, d. h. der Geschäftsherr, haftet daher für ihn regelmässig nur gemäss § 831 B.G.B.

Hat der Handelsmäkler aber Abschlussvollmacht, so gelten dessen Erklärungen innerhalb der Vertretungsmacht desselben als Willenserklärungen des Auftraggebers (§ 164 B.G.B.). Eine Präsumtion für das Vorhandensein einer Abschlussvollmacht oder gar einer weiteren Vollmacht des Handelsmäklers stellt das Gesetz überhaupt nicht, der Handelsgebrauch nur äusserst selten auf[1]). Bei der vorübergehenden Natur der Geschäftsbeziehungen zwischen Auftraggeber und Handelsmäkler ist es ja kaum denkbar, dass der erstere für letzteren deshalb weitergehend haftet, weil er letzterem einmal gestattet hat, sich als Inkassomandatar oder als mit sonstiger weitergehenderer Vollmacht ausgestattet zu gerieren.

---

1) Staub Anm. zu § 97.

§ 6.

Oeffentlich rechtliche Pflichten und Rechte der Handlungsagenten resp. der Handelsmäkler.

Beide Arten von Vermittlern haben öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten [1]), falls sie Vollkaufleute sind. Als solche sind sie zur Firmeneintragung berechtigt und verpflichtet und es finden auf sie die Rechtssätze des Firmenrechtes, des Rechtes der Prokura Anwendung. Als solche sind sie bei öffentlicher Strafe zur ordnungsmässigen Buchführung, Inventur und Bilanzziehung verpflichtet; sie haben insbesondere die Vorschriften der §§ 43 und 44 bezüglich der Einrichtung und Aufbewahrung der Handelsbücher, der Aufbewahrung der Handelsbriefe, der Inventuren und der Bilanzen zu beobachten. Sie haben die Verpflichtung, auf Anordnung des Gerichtes ihre Handelsbücher vorzulegen.

Hiermit sind die im öffentlichen Rechte begründeten Verpflichtungen der Handelsagenten nach Handelsrecht erschöpft.

Die Handelsmäkler aber haben daneben, mögen sie Voll- oder Minderkaufleute sein (§ 4 H.G.B.), eine Reihe weiterer öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen, — soweit sie nicht „Krämermäkler“ sind. Alle Handelsmäkler, welche nicht gewerbsmässig die Vermittelung von Warengeschäften im Kleinverkehr besorgen (Krämermäkler), haben die öffentlich-rechtliche Verpflichtung, ein Tagebuch zu führen und in dieses alle abgeschlossenen Geschäfte täglich einzutragen. Die Eintragungen müssen: die Parteien, den Gegenstand und die Bedingungen des Geschäftes, insbesondere bei Verkäufen von Waren und Wertpapieren deren Gattung und Menge, sowie den Preis und die Zeit der

1) Staub Anm. 24 zu § 84; ferner Anm. 5 zu § 93.

Lieferungen enthalten[1]). Das Eingetragene ist täglich zu unterzeichnen. Die Vorschriften über Einrichtung und Aufbewahrung der Handelsbücher finden auch auf das Tagebuch des Handelsmäklers entsprechende Anwendung. Auch das Tagebuch ist auf Anordnung des Gerichtes vorzulegen (§ 102). Nach § 14 des Reichsstempelgesetzes sind sie verpflichtet, die von ihnen erteilten Schlussnoten nach der Zeitfolge zu nummerieren und fünf Jahre lang aufzubewahren.

Daneben unterliegen die Kursmäkler noch besonderen öffentlich-rechtlichen Beschränkungen, welche Folge ihrer Verpflichtung und Berechtigung zur Mitwirkung bei der Feststellung der Kurse sind. Sie haben vor Antritt ihrer Stellung den Eid[2]) zu leisten, dass sie ihre Pflichten getreu erfüllen werden. Sie dürfen ausser der Mäklertätigkeit hinsichtlich anderer Gegenstände des Börsenhandels grundsätzlich ein eigenes Handelsgewerbe nicht betreiben, auch nicht in einem solchen als Kommanditist oder stiller Gesellschafter beteiligt sein; ebensowenig dürfen sie zu einem Kaufmann in dem Verhältnisse eines Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten oder Handlungsgehilfen stehen. Sie dürfen in den Geschäftszweigen, bezüglich welcher sie bei der amtlichen Feststellung des Börsenpreises mitwirken, nur insoweit für eigene Rechnung oder im eigenen Namen Handelsgeschäfte abschliessen oder eine Bürgschaft für die von ihnen vermittelten Geschäfte übernehmen, als dies zur Ausführung der ihnen erteilten Aufträge nötig ist. cf. § 32 a. a. O.

Bei den Kursmäklern finden sich demnach in gemilderter Form die meisten derjenigen Beschränkungen

---

1) § 100 H.G.B.

2) Börs.-Gesetz vom 22./7. 1896 § 30.

wieder, welche früher für die vereideten Handelsmäkler galten. Sie sollen aber nicht mehr wie früher die objektive Stellung der Handelsmäkler gegenüber beiden Parteien sichern, sondern sie sollen lediglich ihre Unbefangenheit bei der Lieferung des Materials zur Feststellung der Börsenkurse sichern.

Andererseits ist dafür dieser Art von Handelsmäklern ein gewisses Maß von Aufträgen gesichert durch die Bestimmung, dass nur die durch ihre Vermittelung geschlossenen Geschäfte einen Anspruch auf Berücksichtigung bei der amtlichen Feststellung des Börsenpreises haben sollen; vgl. § 31 des Börsengesetzes. Diese Sicherung liegt darin, dass die gesamte Kaufmannschaft grosses Interesse daran hat, dass der so amtlich festgestellte Kurs auch der wahre Kurs sei; und letzteres ist eben nur dadurch zu ermöglichen, dass die den Kurs feststellenden Faktoren eine möglichst genaue Kenntnis aller bei den Abschlüssen vereinbarten Kaufpreise baben.

III.

Schluss.

§ 7.

Die voraussichtliche Weiterentwickelung beider Institute.

Bei beiden Instituten ist die Stellung derselben im Rechtssystem einerseits und die Stellung derselben im Wirtschaftssystem andererseits zu unterscheiden. Diese Stellungen stehen in notwendiger Wechselwirkung. Die Aufnahme des römischen Rechtes und die Sätze des kanonischen Rechtes haben zweifellos tiefgreifend auf die Entwickelung des Verkehrslebens eingewirkt. Aber gerade in Handelssachen hat sich der Einfluss des Verkehrslebens stets auf die Dauer als der stärkere erwiesen. Wo die Bedürfnisse des Handelsverkehrs es forderten, sind die Fesseln gesprengt worden, welche ihn in alten, aber nicht mehr zweckmässigen Bahnen festzuhalten suchten, und so haben sich, seinen Zwecken entsprechend, neue Rechtsinstitute entwickelt und durchgebildet.

Für das Fallenlassen nicht mehr zeitgemässer Einschränkungen ist das Institut der Handelsmäkler, für die Entwickelung neuer Rechtsgebilde sind die Rechtssätze über die Handlungsagenten ein klassisches Beispiel.

Schon die bisherige Entwickelung und die Beobachtung der Fälle, in denen regelmässig oder doch in der Mehrzahl der Fälle Handelsbrauch und Privatvereinbarungen die gesetzlichen Bestimmungen, soweit sie dispositives Recht enthalten, abändern, geben einen

nicht zu missdeutenden Fingerzeig für die Richtung, in der die Entwickelung sich bewegt.

Während bei den Handelsmäklern auf der einen Seite die grosse Zahl der Rechtssätze, welche die Partikulargesetzgebung über sie aufgestellt hatte, stetig geschwunden ist und sich andererseits für eine besondere Art derselben, die Kursmäkler, ein Spezialrecht herausgebildet hat, haben die Rechtssätze über die Handlungsagenten, deren Aufstellung noch bei den Nürnberger Konferenzen als noch nicht zeitgemäss gänzlich abgelehnt wurden, nun doch Aufnahme in das System des Handelsrechts gefunden, und zwar deshalb, weil die beteiligten Kreise in ihrer überwiegenden Mehrzahl die gesetzliche Regelung dieses Verhältnisses um der Rechtssicherheit willen verlangten.

Schon jetzt ist bei den Handelsmäklern nach den Zeugnissen hervorragender Praktiker die dispositiv bestimmte objektive Stellung, abgesehen von den Kursmäklern, im Verkehr nicht mehr die gewöhnliche. Das Gesetz selbst hat sich genötigt gesehen, den Abschluss „mit vorbehaltener Aufgabe“ zuzulassen, und letzterer steht doch mit der von ihm gewollten Stellung dieses Vermittlers nicht mehr im Einklang. Durch die den Parteien gewährte Möglichkeit, auf die Zustellung von Schlussscheinen zu verzichten, erkennt das Gesetz an, dass diese ihre frühere Bedeutung verloren haben. Andererseits schliessen die Parteien in der Mehrzahl der Fälle dadurch, dass sich der Auftraggeber die Vermittelung ausschliesslich in seinem Interesse versprechen lässt und dem Handelsmäkler Abschlussvollmacht und das Recht des Selbsteintritts gewährt, die objektive Stellung dieses Mäklers aus.

Umgekehrt genügen die für den Agenturvertrag im 7. Abschnitt des 1. Buches aufgestellten Rechtssätze den Bedürfnissen des Verkehrs nicht mehr. Viele noch

ungelöste, wenigstens gesetzgeberisch noch ungelöste Fragen verlangen gesetzliche Regelung, z. B. die Fragen, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen der Handlungsagent Konkurrenzwaren führen darf, ferner inwieweit er Provision für Nachordres verlangen kann, wann ein Verschulden des Prinzipals vorliegt, welches diesen zur Zahlung von Provision verpflichtet, trotzdem der durch den Handlungsagenten vermittelte Vertrag nicht ausgeführt ist, und ferner wie weit er für Erklärungen auch des blossen Vermittelungsagenten der anderen Partei gegenüber haftet. Die Rechtsprechung arbeitet fortwährend daran, Rechtssätze über diese Fragen durch analoge Anwendung der ausgesprochenen Rechtssätze (z. B. § 85 H.G.B.) oder durch Deduktion aus allgemeinen Rechtsprinzipien (z. B. Entsch. R.Ger. in Bd. 51 S. 154 ff.), endlich durch Beobachtung der bestehenden Handelsgebräuche und der Verkehrsauffassung (z. B. die Regelung der Konkurrenzvertretung) zu erzeugen. Es sind hier eben neue Rechtssätze in der Entwickelung und Ausbildung begriffen.

Ein wichtiges Moment für die Frage nach der Weiterentwickelung beider Rechtsinstitute bildet die fernere Frage, ob die sogen. „Gelegenheitsagenten" zu den Agenten oder zu den Mäklern zu rechnen[1]) seien, und ob demgemäss die Vorschriften des Handelsgesetzbuches über die Handlungsagenten analog oder die Vorschriften des B.G.B. über den Mäklervertrag auf sie anzuwenden sind. Düringer-Hachenburg auf Seite 261 ff. wollen die Vorschriften über die Handlungsagenten analog auf sie anwenden. Dagegen hat sich vor allem Staub in seinem Exkurs zu § 92 Anm. 1 ff. und Anm. 7 zu § 84, und zwar mit Recht gewendet. Der in der Reichstagskommission gestellte Antrag, die

1) Staub Anm. 7 zu § 84; Düringer-Hachenburg I, S. 261; Goldmann S. 399/400; Komm.Bericht S. 51.

Anwendbarkeit der Vorschriften des 7. Abschnitts im 1. Buch des H.G.B. auf solche Gelegenheitsagenten für anwendbar zu erklären, ist mit der völlig zutreffenden Begründung abgelehnt worden: „Die in dem Abschnitt enthaltenen Bestimmungen passten ihrer grossen Mehrzahl nach immer nur auf solche Agenten, die in ständiger Verbindung mit dem Geschäftsherrn stehen. Nur hier hätten sich gewohnheitsrechtlich feste Normen gebildet. Die Geschäfte des Gelegenheitsagenten seien nach dem B.G.B. oder nach § 346 H.G.B. (Verweisung auf den Handelsgebrauch) zu beurteilen. Richtig sei, dass die Bestimmungen des Abschnitts über die Handelsmäkler auf solche gelegentlichen Agenturgeschäfte nicht Anwendung finden."

Die gesamte vorstehende Abhandlung hat gezeigt, dass gerade der tiefgreifendste und wesentlichste Unterschied des vertraglichen Verhältnisses zwischen Handlungsagenten und ihren Geschäftsherrn einerseits und der Handelsmäkler und ihrer Auftraggeber andrerseits seinen innersten Grund in dem dauernden Dienst- und Vertrauensverhältnisse auf der einen Seite, der vorübergehenden Natur des Gelegenheitsgeschäftes auf der anderen Seite hat, und dass die Verschiedenheit der die beiden Institute beherrschenden Rechtssätze gerade ja hierauf zurückzuführen ist. Der Einwurf von Düringer-Hachenburg, dass, wenn man die Gelegenheitsagenten zu den Handelsmäklern zählen wolle, die Grundsätze über diese Handelsmäkler mit Notwendigkeit zur Ausstellung von Schlussnoten, Eintragung des Abschlusses in das Tagebuch führen würden, — ist gegenstandslos. Denn die Gegner ihrer Ansicht wollen ja nicht die Vorschriften des Handelsgesetzbuches über die Handelsmäkler, welche allerdings nicht auf sie passen, sondern diejenigen des B.G.B. über den Mäklervertrag auf sie anwenden, welche vollkommen und in jeder Beziehung auf sie passen.

Die Rolle, welche diese „Gelegenheitsagenten“ (von Staub unter den Sammelnamen „Civilmakler“ gebracht) in dem gesamten Verkehrsleben und insbesondere auch im Handelsverkehre spielen, ist eine sehr bedeutende. Diese Civilmakler, welche den Grundstücksverkehr, die Beleihung von Grundstücken, die Gründung von Gesellschaften aller Art, insbesondere auch von Handelsgesellschaften, Eintritt von Teilhabern und stillen Gesellschaftern in bestehende Handelsbetriebe, die Finanzierung von kaufmännischen und gewerblichen Unternehmungen, die Anstellung kaufmännischer und gewerblicher Angestellten vermitteln, übertreffen aber an Umfang und Bedeutung ihrer Geschäfte die Handelsmäkler, wie letztere das Handelsgesetzbuch sich vorgestellt hat, bei weitem.

Würden diese unter eine Kategorie des 7. und 8. Abschnitts des 1. Buches des H.G.B. gebracht, so wäre die Umgestaltung des betreffenden Abschnitts die notwendige Folge. Eine solche Subsumtion ist aber gar nicht nötig. Dass sie nicht unter den 7. Abschnitt zu bringen sind und gebracht werden können, wurde schon dargelegt. Aber auch unter die Vorschriften des 8. Abschnitts passen sie nicht. Denn sie sind gerade im Gegensatz zu den früheren beeideten Handelsmäklern emporgekommen; die Bestimmungen dieses Abschnittes enthalten eben nur die letzten Überbleibsel der Vorschriften, welche für diese gegolten haben. Einen gänzlich neuen Abschnitt für die Civilmäkler in das Handelsgesetzbuch zu bringen, erscheint ebensowenig sachgemäss, wie einen solchen über gewerbsmässige Gelddarleiher diesem Gesetze einzuverleiben.

Die ganze bisherige Entwickelung und die Stellung, welche der Verkehr zu den noch bestehenden Rechtssätzen über die Handelsmäkler einnimmt, weist darauf hin, dass unter Aufrechterhaltung einer Spezialgesetz-

gebung für die Börsen- und vielleicht die Schiffsmäkler, in nicht allzu ferner Zeit die Reste der Bestimmungen über die Handelsmäkler aus dem Handelsrecht verschwinden werden.

Eine von der Definition des Begriffes der Handlungsagenten einerseits, der Handelsmäkler andrerseits ausgehende Betrachtung a priori würde zu demselben Ergebnis führen: Das Verhältnis des Handlungsagenten zu seinem Geschäftsherrn als ein dauerndes Verhältnis zwischen Kaufleuten in Bezug auf den Betrieb ihres Gewerbes gehört recht eigentlich in das System des Handelsrechtes. Dagegen würden die Geschäfte der Handelsmäkler, welche nicht notwendig beiderseitige Handelsgeschäfte sind, wenn überhaupt in das Handelsrecht, doch besser in das von den Handelsgeschäften handelnde 3. Buch des H.G.B. gehören. Dort aber die Grundsätze über den Mäklervertrag besonders zu regeln, empfiehlt sich deshalb nicht, weil die Mehrzahl der Mäklerverträge, nämlich die von „Civilmäklern“ (dies sind die gewerblichen Mäkler des B.G.B.) geschlossenen eben nach den Vorschriften des B.G.B. über Mäklervertrag beurteilt werden; und es empfiehlt sich weiter deshalb nicht, weil die speziell auf den Handelsmäkler sich beziehenden Vorschriften zum Teil obsolet geworden sind, zum Teil für die besonderen Verhältnisse, für welche sie ihre Bedeutung behalten haben, besser und sachgemässer durch Spezialgesetze für den Börsenverkehr und See- resp. Binnenschiffahrtbetrieb geregelt werden.

Die voraussichtliche Weiterentwickelung der Rechtssätze ist demnach die, dass das Recht der Handlungsagenten als Teil des handelsrechtlichen Systems weiter ausgebaut wird; — die Rechtssätze über die Geschäfte des Handelsmäklers ihre weitere Ausbildung durch das Civilrecht erhalten, indem nur die allgemeinen

Vorschriften des Handelsgesetzbuches über den Handelsstand und über die Handelsgeschäfte auf sie Anwendung finden, — unter gleichzeitiger Anerkennung der gewerbsmässigen Vermittelung von Geschäften jeder Art als eines Handelsgewerbes; nur die rechtliche Stellung der Mäkler des Börsen- und Schiffsverkehrs wird durch Spezialgesetze geregelt werden.

Bei der weiteren wirtschaftlichen Entwickelung wird voraussichtlich das Institut der Handelsmäkler, wie das Handelsgesetzbuch sie sich gedacht hat, auf die genannten Spezialgebiete beschränkt werden. Dagegen wird das Institut der jetzt sogen. Civilmäkler, welche nach der Auffassung des Lebens durchweg zu den Kaufleuten gerechnet werden, erhalten bleiben und für unabsehbare Zeiten seine Stellung behaupten.

Das Institut der Handlungsagenten ist infolge der gewaltigen Ausdehnung der Produktion, welche den Produzenten wie den Grosskaufmann nötigt, neue Absatzgebiete zu suchen und zu benutzen, offenbar im Aufblühen begriffen. Es wird, weil der Handlungsagent enger an das Interesse seines Hauses durch sein eigenes Interesse gefesselt ist, ferner, weil dies Institut ein schmiegsames, sich allen Verhältnissen leicht anpassendes ist, und weil die Gefahr des Geschäftsherrn bei Unzuverlässigkeit und Unredlichkeit des Handlungsagenten eine geringere ist, den Kommissionshandel und zum Teil auch das Geschäft der Mäkler weiter verdrängen. Eine andere Frage ist freilich, ob nicht der Zug des Wirtschaftslebens zum grosskapitalistischen Betrieb, zumal wenn das Gebiet der Syndikate sich erweitern sollte, in fernerer Zukunft den Handlungsagenten wieder zum Angestellten, wenn auch zwar nicht des Einzelkaufmanns, so doch der grosskapitalistischen Aktienunternehmungen und Syndikate machen wird.